مصـــادر الإلتــزام

الجــزء الثانــي

دكتـــــور

مصطفى عبد الجواد

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية الحقوق – جامعة القاهرة

فرع بنىسويف

دار النهضة العربية

٢٠٠٤

الفصـــل الثالـــث

" آثـــــار العقـــــــد "

إذا استوفى العقد أركانه وشروط انعقاده ، كان صحيحاً ، وأنتج آثاره القانونية، فيما بين المتعاقدين – وخلفهما بشروط معينة – وبالنسبة للغير بضوابط معينة، غير أن ترتيب هذه الآثار يفترض أن تكون عبارات العقد واضحة الدلالة في تحديد مضمونه بدقة، لكي يكون للعقد قوته الملزمة.

ومن ثم، نقسم الحديث في آثار العقد إلى مبحثين، نحدد في الأول آثار العقد من حيث الموضوع، ونبين في الثاني آثار العقد من حيث الأشخاص ، كالتالي :

<u>المبحث الأول</u> : آثار العقد من حيث الموضوع

<u>المبحث الثاني</u> : آثار العقد من حيث الأشخاص .

المبحـــث الأول

" آثـــار العقد من حيث الموضـــوع "

يقتصر الالتزام بأحكام العقد، على موضوعه، أي المسائل التي يتناولها الاتفاق، ولذا وجب تحديد موضوع العقد أو محتواه، وإذا لم يكن ذلك واضحاً فإنه يتم عن طريق قواعد التفسير، فإذا تعين مضمون العقد

كان ملزماً لطرفيه – وخلفهما في حدود معينة – وهو ما يعرف باسم القوة الملزمة للعقد، وتترتب المسئولية العقدية على الإخلال بالقوة الملزمة للعقد.

نتناول إذن أربعة مسائل تحت هذا المبحث كالتالي :

المطلب الأول : تفسير العقد .

المطلب الثاني : تحديد نطاق العقد

المطلب الثالث : القوة الملزمة للعقد.

المطلب الرابع : جزاء القوة الملزمة للعقد (المسئولية العقدية) .

المطلب الأول

" تفسيـــــــر العقـــــد "

إذا كانت عبارات العقد واضحة الدلالة على قصد المتعاقدين، فلا تثور مشكلة التفسير، ولا يجوز بالتالي الانحراف عن هذه العبارات عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين[١]، وإنما يجب الأخذ بهذه الإرادة المشتركة الواضحة دون غيرها طالما أنها لا تخالف القانون[٢].

---

(١) انظر نص المادة / ١٥٠ / ١ من القانون المدني.

(٢) د/ سليمان مرقس : المرجع السابق – ص ٤٨٢ . فلا يجوز للقاضي تحت ستار التفسير أن ينحرف عن المعنى الواضح للعبارة ، لأن الأصل أنها تعبر بصدق عن إرادة الطرفين، وإلا كان في انحرافه عن ذلك المعنى مسخ وتشويه للعبارة الواضحة (نقض مدني : ١٩٧٥/٣/١٨ – مجموعة أحكام النقض – س ٢٦ – ص ٤٢٩).

وتتمتع محكمة الموضوع بسلطة تقديرية في تحصيل المعني الذي قصده المتعاقدان من عبارات العقد الواضحة، مستهدية في ذلك بالظروف التي أحاطت بالعقد، وما يكون قد سبقه أو عاصره من اتفاقات بشأن موضوع التعاقد بالذات، وبكيفية تنفيذ المتعاقدين للعقد إذا كان قد حصل تنفيذه ولو جزئياً[١].

ويفترض أن عبارة العقد الواضحة تمثل إرادة الطرفين المشتركة، حتى يثبت العكس[٢]. وإذا قامت محكمة الموضوع بالأخذ بالمعنى الظاهر لمدلول عبارات العقد، فلا معقب عليها في هذا الصدد، حيث لا تقبل المجادلة في ذلك أمام محكمة النقض[٣].

أما إذا كانت عبارات العقد غير واضحة، فيجب تفسيرها لتحديد المعنى الحقيقي الذي قصده الطرفان منها، وفي ذلك تنص المادة ٢/١٥٠ من القانون المدني، حيث تقول : " أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في

---

(١) نقض مدني : ١٩٧١/٦/١ – مجموعة أحكام النقض – س ٢٢ – رقم ١١٦ – ص ٧٠٧.

(٢) مشار إليه لدى د/ سليمان مرقس : هامش ٨ مكرر – ص ٤٨٣.

(٣) نقض مدني : ١٩٧٢/١١/١٨ – المجموعة – س ٢٣ – رقم ١٩٨ – ص ١٢٥٧، ١٩٧٤/٣/٢٦ – س ٢٥ – رقم ٩٠ – ص ٥٦١.

المعاملات". [١]

وهكذا، تكون هناك حاجة لتفسير العقد، أي تحديد ما انصرفت إليه الإرادة المشتركة للمتعاقدين، وذلك لتحديد مضمون العقد ومعرفة الالتزامات الناشئة عنه، لكي يتسنى تنفيذه، وذلك يكون في حالة غموض عبارات العقد أو أن تحتمل أكثر من معنى، أو تكون متناقضة بعضها مع البعض الآخر، ففي كل حالة تعجز فيها عبارات العقد عن التعبير عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين[٢]، تكون هناك حاجة للتفسير .

(١) وسائل التفسير :

للتعرف على حقيقة المقصود من عبارات العقد وبالتالي التوصل إلى معرفة قصد المتعاقدين الحقيقي، يستعين القاضي بعدة وسائل، بعضها يستمد من عبارات العقد ذاته، وبعضها يستمد من عوامل خارجية، كالتالي:

(أ) وسائل التفسير الداخلية :

يرجع القاضي إلى عبارات وبنود العقد لتفسير العبارات الغامضة أو التي تحتمل أكثر من معنى، وأهم هذه الوسائل ما يلي :

---

(١) حول تفسير العقد بالتفصيل راجع : د/ عبد الحكيم فودة : تفسير العقد في القانون المدني المصري – رسالة دكتوراه – جامعة الأسكندرية – ١٩٨٣.

(٢) وذلك يرجع لعدة أسباب منها : عدم كفاءة التعبير ذاته، كاستخدام لفظ أو عبارة لها أكثر من معنى، واستخدام لفظ في غير محله، والإفراط اللفظي الشديد، أو الإيجاز المخل بالمضمون، وعدم موافقة التعبير المستخدم للفكرة المعبر عنها، انظر : د/ عبد الحكيم فودة : المرجع السابق – رقم ٣٦ وما يليه.

١ – إن العبرة في العقود بالمقاصد والمعاني وليست بالألفاظ والمباني :

حيث يجب على القاضي عدم التقيد بالمعنى الحرفي للألفاظ المستخدمة، لاسيما وأنه في الغالب الأعم من الحالات لا يكون المتعاقدان على دراية كافية بالمصطلحات والألفاظ القانونية ، إذ تكون مهمة القاضي الكشف عن المقاصد والمعاني الحقيقية التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين المشتركة دون التقيد بحرفية الألفاظ والعبارات المستخدمة[١].

٢– تفسير العقد وفقاً للمعنى الذي ينتج أثراً قانونياً : إذا كانت العبارة المستخدمة تحتمل أكثر من معنى وكان أحدها فقط هو الذي يرتب آثاراً قانونية، تعين حمل العبارة على هذا المعنى، فإعمال الكلام خير من إهماله[٢].

٣– تفسير عبارة العقد في ضوء كل عبارات وبنود العقد : إذ أن بنود العقد يفسر بعضها بعضاً، وبالتالي لا يجوز عزل العبارة محل التفسير عن بقية عبارات العقد، بل يجب تفسيرها باعتبارها جزءاً من كل هو العقد[٣].

واستخلاص القاضي لقصد المتعاقدين المشترك بالاستعانة بمثل هذه الوسائل الداخلية، مسألة موضوعية لا يخضع فيها حكم القاضي لرقابة محكمة النقض، لأن إرادة المتعاقدين من مسائل الواقع وليست من مسائل

(١) د/ نبيل سعد : المرجع السابق – ص ٢٦٦.

(٢) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٢٥٨.

(٣) د/ نبيل سعد : ص ٢٦٦ .

القانون [١]. ويشترط أن يكون التفسير مما تحتمله عبارات العقد، وأن يكون سائغاً ومقبولاً [٢].

وإذا تعذر على القاضي استخلاص المعنى المقصود عن طريق الوسائل الداخلية، وجب عليه الاستعانة ببعض الوسائل الخارجية.

(ب) وسائل التفسير الخارجية[٣] :

هناك عدة وسائل يسترشد بها القاضي عند تفسير العبارات الغامضة في العقد، وقد نص المشرع المصري على بعض هذه الوسائل، وأهم هذه الوسائل هي :

١ – تفسير العقد وفقاً لطبيعة التعامل : حيث يتخير القاضي للعبارة محل التفسير المعنى الذي يتفق وطبيعة التعامل ، أي المعنى الذي يقتضيه

---

(١) نقض مدني : ١٩٨٤/١١/٢٦ – مجموعة أحكام النقض – س ٣٥ – ص ١٩٢٠، نقض مدني : ١٩٧٧/٢/١٩ – س ٤٨ – رقم ٥٥ – ص ٢٩٠.

(٢) راجع ، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٥٣٠ : ص ٥٣٤ والمراجع والأحكام المشار إليها بهوامش هذه الصفحات. وتجدر الإشارة إلى أن تفسير القانون مسألة قانون وليست مسألة واقع، وفضلاً عن ذلك ترد بعض الاستثناءات على قاعدة أن تفسير العقد مسألة واقع، يكون فيها تفسير العقد مسألة قانون، انظر في المسائل القانونية في تفسير العقد: د/ السنهوري : الوسيط – جـ١ – مصادر الالتزام – ط ٢٠٠٤ – المذكور سابقاً – ص ٤٨٣ وما بعدها.

(٣) ويسميها البعض وسائل التفسير التشريعية، انظر، د/ ابراهيم أبو الليل : ص٢٥٥.

وطبيعته القانونية وفقاً لما قصده المتعاقدان. فمثلاً إذا تضمنت عارية الاستعمال عبارة تجيز للمستعير أن يرد الشيء المعار أو مثله فيفسر ذلك بأن المستعير يلتزم في حالة هلاك الشيء المعار برد مثله، وليس له أن يدفع تعويضاً عنه، فلا تفسر العارية هنا على أنها عارية استهلاك[١].

٢- تفسير العقد وفقاً لما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين : يمكن للقاضي وهو بصدد تفسير عبارات العقد أن يستعين بما يجب أن يسود التعاقد من أمانة لدى طرفيه، وثقة كل منهما في الآخر، وما ينبغي أن يتوافر من حسن النية وشرف التعامل .

٣- تفسير العقد وفقاً للعرف الجاري في المعاملات : قد يلجأ القاضي إلى العرف الجاري في المعاملات للتوصل إلى تفسير العبارات الغامضة، فإذا لم يتضح من عبارات العقد مقدار الأجر الذي يتقاضاه السمسار، تعين اللجوء إلى العرف، بحيث إذا كان العرف قد جرى على تحديد هذا الأجر بنسبة معينة، وجب الأخذ بها. والأصل الاعتداد بالعرف السائد في مكان تنفيذ العقد، إلا أن ذلك لا يمنع من الاعتداد بالعرف الجاري في مكان إبرام العقد إذا كان ذلك هو ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين[٢].

---

(١) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٢٥٧.

(٢) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٢٥٧. والقاعدة أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

٤- تفسير العقد من خلال ظروف إبرامه : يمكن الاستناد إلى ظروف إبرام العقد لتفسير عباراته الغامضة، وتتسع ظروف إبرام العقد لتشمل الظروف الشخصية والظروف الموضوعية، ويقصد بالأولى حالة المتعاقدين الشخصية وقت إبرام العقد، كحالتهما المادية، وعلاقة القرابة بينهما، أما الظروف الموضوعية فنعني بها الوقائع المادية التي صاحبت إبرام العقد كوضع اليد على العين المتنازع عليها.

٥- تفسير العقد وفقاً لطريقة تنفيذه : قد تكون طريقة تنفيذ العقد من جانب المتعاقدين خير وسيلة لتفسير إرادتهما المشتركة، باعتبار ذلك تفسيراً عملياً وواقعياً، فإذا أغفل الطرفان في عقد الإيجار تحديد مكان دفع الأجرة، وكان المستأجر قد اعتاد لمدة كافية من الزمن دفع الأجرة في محل إقامة المؤجر، فيمكن أن يستخلص من ذلك أن المتعاقدين أرادا الاستمرار في دفع الأجرة في محل إقامة المؤجر(١).

وتجدر الإشارة إلى أن ما سبق ، مجرد أمثلة أو إرشادات لما يمكن للقاضي أن يستعين به عند تفسير العقد، ومن ثم فإن هناك وسائل أخرى في هذا الصدد، منها اللجوء إلى ورقة الضد التي يتفق فيها المتعاقدان على أمور أخرى غير تلك الواردة بالعقد المبرم بينهما، وكذلك قاعدة أن الإرادة الضمنية اللاحقة يمكن أن تنسخ الإرادة الصريحة السابقة، أيضاً يمكن للقاضي الاستناد إلى قواعد العدالة ولكن بشيء من الحذر حتى لا يؤدي

---

(١) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٢٥٨.

ذلك إلى مسخ عبارات العقد[١].

تكييف العقــد :

ويلاحظ أنه يسبق عملية التفسير مسألة تكييف العقد، ويقصد بذلك استخلاص الطبيعة القانونية للإتفاق المبرم بين الطرفين، أو هو اعطاء الوصف القانوني الصحيح للإتفاق محل التكييف، وقاضي الموضوع ملزم دائماً بتكييف العقد، حيث يُتوقف على ذلك معرفة أحكام القانون التي تنطبق على هذا العقد[٢]. ويتم التكييف بواسطة قاضي الموضوع دون التقيد في ذلك بتكييف الأطراف للعقد[٣]، ومسألة التكييف من مسائل القانون ، يخضع فيها حكم القاضي لرقابة محكمة النقض[٤].

---

(١) انظر حول هذه المسألة تفصيلاً، د/ عبد الفتاح عبد الباقي : هـامش ٢ – ص ٥٢٤.

– كما يمكن الاستناد إلى المفاوضات السابقة على التعاقد لتفسير العقد، وقد ذكرنا ذلك عند الحديث عن المرحلة السابقة على التعاقد.

(٢) د/ رمضان أبو السعود : هامش ١ – ص ١٩٦

(٣) نفس الإشارة . فقد يطلق المتعاقد على الاتفاق وصـفا غيـر صـحيح إمـا عـن جهل أو عن عمد لإخفاء غرض غير مشروع.

(٤) د/ الصدة : ص ٣٢٤.

– وانظر حول مسألة تكييف العقد بالتفصيل : د/ نبيل سعد : المرجع السابق – ص ٢٦٧ : ص ٢٨١.

(٢) تفسير الشك لمصلحة المدين :

إذا تعذر الكشف عن حقيقة قصد المتعاقدين ، وثار شك حول هذا القصد، فإن المشرع المصري قد نص على أن " يفسر الشك في مصلحة المدين "[١]. وهذه القاعدة تجد مبررها عندما يكون من شأن الشرط الغامض أن يحمل المدين بالتزام معين لأن الأصل هو براءة الذمة، فلا يمكن أن تنشغل بالدين، إلا إذا كان ذلك على سبيل القطع واليقين، كما أن عبء إثبات وجود الدين يقع على عاتق الدائن، فإن وجد شك في مديونية المدين، كان ذلك دليلاً على عدم نجاح الدائن في إثبات الدين[٢]. فضلاً عن أن الدائن هو الذي يملي الالتزام على المدين، ويتحمل بالتالي تبعة غموضه[٣].

غير أن القاعدة السابقة لا يمكن تبريرها عندما يكون من شأن الشرط الغامض أن يخفف المسئولية عن المدين عما تقضي به القواعد العامة، أو يعفيه منها كلية، حيث يجب تفسير الشك ضد مصلحة المدين في هذه الحالة، لأن التخفيف أو الإعفاء من المسئولية يأتي خلافاً للقواعد العامة، ويقع عبء إثباته على عاتق المدين ، وهو لا يتقرر إلا إذا وجد

---

(١) مادة ١٥١ / ١ مدني

(٢) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٥٢٦، د/ رمضان أبو السعود : ص٢١٠.

(٣) د/ الأهواني : ص ٢٠١

شرط قاطع في الدلالة عليه، ولهذا انتقد بعض الفقهاء وبحق هذه القاعدة التي أخذ بها المشرع المصري، حيث أنها غير دقيقة، والأفضل تفسير الشك في مصلحة الطرف الذي يكون من شأن إعمال الشرط أن يضره مديناً كان أو دائناً[1].

استثناء : تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن :

بعد أن نص المشرع المصري على قاعدة تفسير الشك في مصلحة المدين، أورد عليها استثناءاً يتعلق بوجوب تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن، حيث نصت المادة ١٥١ / ٢ على أنه : " ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن ".

---

(١) ذهب إلى هذا الرأي أستاذنا الدكتور / عبد الفتاح عبد الباقي : المرجع السابق – ص ٥٢٦ وما بعدها .

– وقد تأثر المشرع الكويتي بهذا الرأي، وضمنه نص المادة / ١٩٤ من القانون المدني ، والتي نصت على ما يلي :

" ١– إذا تعذر إزالة ما يكتنف أحد شروط العقد من غموض، وبقى شك في حقيقة قصد المتعاقدين منه، فسر الشك لمصلحة المتعاقد الذي يكون من شأن إعمال الشرط أن يضره . ٢– وعلى وجه الخصوص، يفسر الشك لمصلحة المدين، إذا كان من شأن إعمال الشرط أن يحمله بالالتزام، أو يجعل عبأه عليه أكثر ثقلاً . ٣– وكل ما سبق دون إخلال بما تقضي به المادة ٨٢ ".

ومن هذا الرأي : أستاذنا الدكتور / رمضان أبو السعود : ص ٢١٠، ص ٢١١، أستاذنا الدكتور / الأهواني : ص ٢٠٢.

وبالتالي يفسر الشك لمصلحة الطرف المذعن، ولو كان من شأن الشرط الغامض أن يفيده، وسواء أكان دائناً أو مديناً، ويرجع ذلك إلى حرص المشرع على تقرير نوع من الحماية لصالح الطرف المذعن، لأنه هو الطرف الضعيف في عقود الإذعان[١].

المطلب الثانـــي

"تحديـــد نطاق العقـــد"

إذا فرغ القاضي من تفسير العقد، وتوصل بالتالي للإرادة المشتركة للمتعاقدين، كان عليه أن يحدد نطاق العقد، أي بيان الالتزامات التي تترتب على العقد في ذمة كل من المتعاقدين.

وفي هذا الصدد يثار التساؤل حول ما إذا كان العقد يقتصر على الالتزامات التي أنشأها وكما اتضحت من تفسير إرادة المتعاقدين المشتركة، أم أن نطاق العقد يتسع ليشمل أموراً أخرى ؟

تجيب المادة ٢/١٤٨ من القانون المدني المصري على هذا التساؤل، حيث تنص على أن : " ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته، وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام"[٢] .

---

(١) راجع حول عقود الإذعان : ما سبق ذكره – ص ١٢٥.

(٢) وجاء في المذكرة الإيضاحية في هذا الشأن ما يلي : " ... ومن ثم فطبيعة الالتزام والقانون والعرف والعدالة كلها عوامل تساهم في تحديد نطاق العقـد ". (انظـر : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ – ص ٢٨٧ وما بعدها).

وهكذا، فإنه إذا لم يشتمل العقد على بيان كل الالتزامات التي تقتضيها طبيعته[١]، فللقاضي أن يتدخل لتكملة العقد بما يعد من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام. ويكون العقد في حاجة إلى تكملة إذا كان تطبيقه بحالته لا يحقق العدالة ويتعارض مع ضرورات حسن النية[٢].

وتكملة العقد بهذا المعنى تختلف عن التكملة التي تتم بنص خاص كنص المادة / ٩٥ من القانون المدني والتي سبق الحديث عنها، حيث أن التكملة الأخيرة تكون في حالة الاحتفاظ بالمسائل الثانوية وعدم الاتفاق عليها[٣]، أما التكملة التي نحن بصددها فهي عامة تشمل المسائل الثانوية وغيرها من المسائل التي لم تذكر صراحة في العقد والتي تعد من مستلزمات العقد.

ويسترشد القاضي بعدة عوامل عند تحديد نطاق العقد (أو تكملته)، وهذه العوامل وردت في نص المادة ٢/١٤٨ وهي :

١ - طبيعة الالتزام :

تحدد طبيعة الالتزام ما يعد من مستلزمات العقد، فمن يبيع سيارة مثلاً، يفترض أنه قد باع معها كافة الأدوات الإضافية التي لا تسير السيارة

---

(١) وقد يكون ذلك ناشئاً عن سهو أو عمد من قبل المتعاقدين .

(٢) د/ الأهواني : ص ٢٠٣ والمرجع المشار إليه بهامش ١ .

(٣) د/ الأهواني : هامش ١ – ص ٢٠٣.

بدونها، كما يشمل بيع المتجر السجلات والدفاتر التي تبين ما للتاجر من حقوق وما عليه من ديون[١]، ويتضمن عقد الفندقة التزاماً بسلامة النزيل يقع على عاتق صاحب الفندق وفقاً لما استقر عليه القضاء[٢].

٢- القواعد القانونية سواء في ذلك القواعد المكملة أو الآمرة أو المفسرة:

ويقصد بذلك القواعد القانونية التي تنطبق على العقد، فإذا كان العقد بيعاً طبقت عليه القواعد القانونية الخاصة بعقد البيع كقاعدة تحديد زمان ومكان تسليم الشيء المبيع، وقد تكون هذه القواعد آمرة بحيث تطبق رغم إرادة المتعاقدين، وقد تكون مكملة، كما قد تكون مفسرة[٣].

٣- العـرف :

يسهم العرف في تحديد ما يعد من مستلزمات العقد، فقد يجري العرف على فرض بعض الشروط في بعض أنواع العقود، ففي هذه الحالة يلتزم المتعاقدان بهذه الشروط ولو لم تذكر صراحة في العقد، ومن ذلك ما

---

(١) د/ الصدة : ص ٣٢٦ . وقد طبق المشرع هذا المبدأ بالنسبة للالتزام بالتسليم في عقد البيع، حيث يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين (مادة /٤٣٢ مدني مصري).

(٢) انظر مثلاً : نقض مدني ٢٣/١/١٩٨٠ – مجموعة أحكام النقض – س ٣١ – ص ٢٥٥.

(٣) د/ نبيل سعد : ص ٢٨٣.

جرى عليه العرف من إضافة نسبة مئوية إلى الحساب الذي يستحق على العميل عند إقامته في فندق من الفنادق[١].

٤ – قواعـد العدالة :

تساهم قواعد العدالة كذلك في تحديد نطاق العقد أو بالأحرى ما يعد من مستلزماته، فالعامل يلتزم وفقاً للعدالة بعدم إفشاء أسرار المصنع التي حصل عليها بحكم عمله، كما يلتزم المؤمن له بالإدلاء للمؤمن (شركة التأمين في الغالب) بكافة البيانات المتعلقة بالخطر المؤمن منه، حتى ولو لم يتفق على ذلك في العقد، لأن مثل هذه الالتزامات تفرضها العدالة وتعد من مستلزمات العقد.

وتجدر الإشارة إلى أن القاضي لا يتدخل لتكملة العقد على النحو السابق، إلا حيث تكون الإرادة عاجزة عن تنظيم مسألة معينة، " فعلى القاضي أن يبدأ بالكشف عن الإرادة بطرق التفسير المختلفة، فإن عجز عن التعرف عليها كان له عندئذ أن يكمل مضمون العقد" [٢].

ويلاحظ أن عملية تكملة العقد وتحديد ما يعد من مستلزماته إنما هي من مسائل القانون وبالتالي تخضع لرقابة محكمة النقض[٣].

---

(١) د/ رمضان أبو السعود : ص ٢١٤.

(٢) د/ رمضان أبو السعود : ص ٢١٥.

(٣) د/ الصدة : ص ٣٢٧ .

وانطلاقاً من فكرة تكملة العقد، قام القضـــاء المقـــارن والمصـــري بإدخال العديد من الالتزامات في العقود بالرغم من عدم النص عليها سواء في العقد أو القانون، وأبرز مثال على ذلك الالتزام بضمان السلامة الـــذي حمله القضاء للناقل في عقد نقل الأشخاص ولرب العمل في عقد العمل[١].

المطلـــب الثالـــث

القوة الملزمة للعقد

" مبدأ العقد شريعة المتعاقدين "

للعقد قوة ملزمة فيما بين طرفيه، فهو الشريعة أو القـــانون الـــذي يحكم علاقة المتعاقدين، ومن ثم فإن أحكامه ملزمة لهما، فيجـــب عليهمـــا تنفيذه، ولا يجوز لأحدهما تعديله أو نقضه إلا بالاتفاق مع المتعاقد الآخـــر، أو للأسباب التي يقررها القانون .

وقد نصت على ذلك المادة ١/١٤٧ من القانون المدني، حيـــث ورد بها أن : " العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفـــاق الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون".

وتجد قاعدة القوة الملزمة للعقد أساسها في مبدأ ســـلطان الإرادة، كما أنها قاعدة تفرضها مصلحة المجتمع والتي تتمثل في وجـــوب احتـــرام العقود لتحقيق استقرار المعاملات، ولهذه القاعدة أساس ديني حيث أمرنـــا

---

(١) وقد سبق لنا الحديث عن هذا الالتزام في مقدمة هذا المؤلف .

الله عز وجل بالوفاء بالعقود[١].

وجها القوة الملزمة للعقد :

للقاعدة السابقة وجهين هما :

الوجه الأول : وجوب تنفيذ العقد بحسن نية :

نصت المادة ١/١٤٨ من القانون المدني على ضرورة تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، وهذا أصبح مبدأ عاماً الآن في كل العقود، ولم يعد يقتصر على بعض العقود كما كان عليه الحال لدى الرومان من إجراء تفرقة بين عقود حسن النية والعقود حرفية التنفيذ[٢].

وهذا المبدأ يتقيد به الدائن والمدين[٣]، ويقضي بوجوب تعاون المتعاقدين على التنفيذ لا سيما في العقود المستمرة كعقد العمل وعقد الشركة وعقد التأمين[٤].

---

(١) وذلك في الآية رقم ١ من سورة المائدة والتي جاء فيها قول الحق جل وعلا : " .... يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود .... "

(٢) راجع في ذلك : د/ السنهوري : الوسيط – جـ١ – تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي – ط ٢٠٠٤ – ص ٥١٢، وانظر : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ – ص ٢٨٨.

(٣) د/ الأهواني : ص ٢١١

(٤) د/ السنهوري : ص ٥١٢ ، ص ٥١٣.

ويعتد المشرع بحسن نية المتعاقد في بعض الحالات، ومن ذلك أنه اشترط لمنح المدين أجل للوفاء من قبل القضاء (نظرة ميسرة) أن يكون المدين حسن النية[١]، كما ألزم المشرع المدين سيء النية بالتعويض عن الضرر المتوقع وغير المتوقع إذا كان عدم التنفيذ راجعاً إلى غش المدين أو خطئه الجسيم[٢].

الوجه الثاني : عدم جواز نقض العقد أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون

وفقاً لقاعدة القوة الملزمة للعقد أو العقد شريعة المتعاقدين فإنه لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يستقل بنقض العقد[١]، أو تعديله بإرادته المنفردة، وإنما يجب أن يكون ذلك بالاتفاق مع المتعاقد الآخر، أو لسبب من الأسباب التي يقررها القانون. كما لا يجوز للقاضي نقض العقد أو تعديله من تلقاء نفسه في غير الحالات المقررة له قانوناً .

---

(١) انظر المادة ٢/١٥٧ مدني مصري. كما أن سوء النية قد يحرم الدائن من تقاضي فوائد الدين أو يخفضها، وذلك إذا تسبب الدائن بسوء نية وهو يطالب بحقه في إطالة أمد النزاع انظر : المادة / ٢٢٩ مدني مصري .

(٢) ويستفاد ذلك بمفهوم المخالفة من نص المادة ٢/٢٢١ من القانون المدني.

(٣) نقض العقد نظام خاص لسقوط العقد وزواله في حالات معينة، انظر حول هذا النظام بالتفصيل، د/ إبراهيم أبو الليل : المرجع السابق – ص ٤٤٣ : ص ٤٤٦.

ومن الحالات التي يمنح القانون فيها لأحد المتعاقدين حق نقض العقد أو تعديله، حالة الفسخ القضائي. وحالة الإنهاء بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين استناداً إلى بند في العقد، كما هو الحال في عقد الوكالة وعقد الإيجار وعقد الوديعة، وكذلك الإنهاء بالإرادة المنفردة بنص قانوني كحق المؤمن له في إنهاء عقد التأمين، وحق الواهب في الرجوع في الهبة[١]، وقد يجيز المشرع للقاضي تعديل العقد أو بعض بنوده، ومن ذلك منح القاضي سلطة تعديل الشرط الجزائي، ومنح المدين نظرة ميسرة. كما قد يعدل المشرع في شروط العقد، ومثال ذلك تعديل القيمة الإيجارية في عقد إيجار الأماكن الخاضع لقانون إيجار الأماكن .

على أن أهم استثناء على قاعدة القوة الملزمة للعقد، يتمثل في منح القاضي سلطة تعديل العقد في حالة الحوادث الطارئة، وهو ما نتناوله بالتفصيل فيما يلي :

نظرية الحوادث (الظروف) الطارئة

نبدأ بإعطاء فكرة عامة عن النظرية ومضمونها، ثم نبين شروطها، وأثرها، كما يلي :

---

(١) لمزيد من التفصيل راجع مؤلفنا : أحكام الرجوع القضائي في الهبة – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠١/٢٠٠٠.

<u>أولاً : فكرة عامة عن نظرية الحوادث الطارئة ومضمونها</u>

لم ينظم القانون الروماني نظرية الحوادث الطارئة، ولم يسمع لها صدى إلا في أقوال الفلاسفة[١]، وقد ظهرت النظرية في العصور الوسطى، حيث أخذ بها القانون الكنسي استناداً إلى قاعدة تغير الظروف حيث يتضمن كل عقد شرطاً ضمنياً مؤداه بقاء الظروف الاقتصادية التي كانت سائدة وقت إبرام العقد على ما هي عليه عند تنفيذه، ولا تتغير تغيراً جوهرياً، فإذا ما تغيرت بحيث يصبح تنفيذ العقد جائراً بالنسبة لأحد المتعاقدين، وجب تعديل العقد ليزول الجور الناشئ من هذا التغيير المفاجئ في الظروف الاقتصادية[٢].

وقد أقر الفقه الإسلامي بالنظرية في بعض العقود، وبخاصة في عقد الإيجار، حيث ينفسخ الإيجار بالعذر الطارئ في مذهب الحنفية[٣]، إلا أن معناها أعم وأوسع في الفقه الإسلامي عنه في القانون الوضعي[٤].

---

(١) د/ السنهوري : هامش ٢ – ص ٥١٦

(٢) د/ السنهوري : ص ٥١٦ ، ص ٥١٧.

(٣) راجع على سبيل المثال : الفتاوي الهندية – جـ ٤ – ص ٤٥٩ : ص ٤٦٤، وانظر: بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد القرطبي – المجلد الثاني – دار الكتب العلمية – بيروت – الطبعة العاشرة – ١٤٠٨ هـ – ١٩٨٨ م – ص ٢٢٩: ص ٢٣١، حيث يشير إلى اختلاف الفقهاء حول انتهاء الإيجار بالعذر الطارئ على المستأجر، والذي انتهى الحنفية إلى قبوله .

(٤) حيث تشمل النظرية ما يعتبره القانون الحديث من قبيل القوة القاهرة، وما يعتبره حوادث طارئة، وما يعتبره دون هذه وتلك ، راجع : د/ السنهوري : هامش ١ – ص ٥١٧.

غير أن القانون الفرنسي القديم لم يأخذ بالنظرية، ولم يأخذ بها الفقه والقضاء في ظله، لما فيها من مساس خطير بمبدأ القوة الملزمة للعقد[(١)]. وكذلك فعل القانون المدني المصري السابق، وشايعه القضاء[(٢)].

وقد وجدت النظرية قبولاً من جانب القضاء الإداري الفرنسي، وطبقها في أحكامه، نظراً لما تحققه من ضمان حسن سير المرافق العامة بانتظام واضطراد، إذ تعين المتعاقد مع الإدارة على تنفيذ التزاماته العقدية، ويمكن القول وبحق أن هذه النظرية من صنع القضاء الإداري الفرنسي، وتبعه في ذلك القضاء الإداري المصري، حيث أن لهذا القضاء دور خلاق في ابتداع الحلول للمشكلات المستجدة[(٣)]. إلا أن النظرية لم تجد قبولاً من

---

(١) انظر : د/ الصدة : ص ٣٣٢.

(٢) د/ الصدة : ص ٣٣٣ .

(٣) ومما ساعد القضاء الإداري على القيام بهذا الدور الإنشائي، عدم تقنين قواعد القانون الإداري بصورة شاملة.

– وقد سنحت الفرصة لمجلس الدولة الفرنسي لتطبيق النظرية بعد الحرب العالمية الأولى في قضية شهيرة تتعلق بشركة الغاز بمدينة بوردو، والتي كانت ملتزمة بتوريد الغاز للمدينة بسعر معين، ثم ارتفع سعر الفحم اللازم لإنتاج الغاز من ٢٨ فرنكاً للطن في عام ١٩١٣ إلى ٧٣ فرنكاً في عام ١٩١٥، فقام مجلس الدولة بتعديل العقد بما يتفق مع هذا الارتفاع في السعر (انظر : مجلس الدولة الفرنسي في ١٩١٦/٦/٢٠ – مجلة سيري – ١٩١٦ – ٣ – ص ١٧)، ثم توالت أحكام المجلس في هذا الاتجاه .

جانب المشرع المدني الفرنسي، إذ لم يقننها حتى الآن، ولا يطبق القضاء المدني هذه النظرية في مجال العقود والمعاملات المدنية حتى الآن رغم محاولات الفقه الجادة والمتعددة لإيجاد سند لهذه النظرية في المبادئ العامة للقانون المدني(١).

أما المشرع المصري، فقد أخذ بالنظرية في القانون المدني الحالي وضمنها نص الفقرة الثانية من المادة / ١٤٨ والتي تنص على أنه : "ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وإن لم يصبح مستحيلاً، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده خسارة فادحة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك ".

وتهدف النظرية إلى إعادة التوازن الاقتصادي للعقد عند تغير الظروف الاقتصادية التي صاحبت إبرامه تغيراً كبيراً، نتيجة لحادث طارئ بحيث لا يتحمل المدين وحدة تبعة هذا الحادث، وإنما يشاركه الدائن في ذلك تحقيقاً للعدالة، ومساعدة للمدين على تنفيذ التزاماته التعاقدية، ورفع الحرج عنه، إذ يتدخل القاضي ويعيد التوازن الاقتصادي للعقد.

---

(١) د/ نبيل سعد : ص ٢٨٨. وقد اضطر المشرع الفرنسي أن يتدخل في حالات متعددة للأخذ بنظرية الحوادث الطارئة وبنصوص خاصة .

ثانياً : شروط تطبيق النظرية

يشترط لتطبيق النظرية ثلاثة شروط هي :

الشرط الأول : أن يكون العقد متراخي التنفيذ :

تفترض النظرية أن يكون هناك فاصل زمني بين إبرام العقد وتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه، فإذا كان العقد قد نشأ وتم تنفيذه فعلاً قبل حدوث الظرف الاستثنائي فلا محلُ لتطبيق النظرية، ولا يجوز إعادة النظر في هذا التنفيذ لأي سبب من الأسباب، إذ النظرية تهدف إلى رفع الحرج عن المدين برد التزامه المرهق إلى الحد المعقول[١].

وقد يكون تراخي التنفيذ بسبب طبيعة العقد ذاته لكونه من العقود الزمنية أو الدورية التنفيذ كعقد الإيجار وعقد العمل وعقد التزام المرافق العامة، وقد يكون تراخي التنفيذ بسبب فعل الدائن رغم أن العقد من العقود الفورية كعقد البيع، ومثال ذلك أن يكون عدم التسليم بسبب عدم قيام المشتري بدفع الثمن، كما قد يكون تراخي التنفيذ ناشئاً عن اتفاق المتعاقدين، كالاتفاق على تأجيل تسليم الشيء المبيع إلى المشتري ليتم بعد فترة من البيع، وأخيراً قد يكون تراخي التنفيذ بسبب ظروف خارجية كالقيام بإجراءات الشهر، في كل هذه الحالات يجوز تطبيق نظرية الحوادث الطارئة[٢].

---

(١) د/ رمضان أبو السعود : ص ٢٢١ ، ص ٢٢٢.

(٢) في هذا المعنى، د/ الصدة : ص ٣٣٥.

أما إذا كان التراخي في التنفيذ راجعاً إلى فعل المدين، فـلا تطبـق النظرية، إذ لا يجوز للمدين أن يستفيد من تقصيره في هذه الحالة، ويتحمل وحده مغبة هذا التقصير. ولا تطبق النظرية على العقود الاحتمالية إذ تحتمل الكسب أو الخسارة الجسيمة بطبيعتها[1].

ويلاحظ أخيراً أن المشرع المصري لم ينص على هذا الشرط الأول صراحة، ومن ثم فأنه شرط غالب تقتضيه طبيعة النظرية[2].

---

(١) نفس الإشارة . وقد يكون العقد فورياً ولكن عقب إبرامه مباشرة طرأ الحادث، فهنا تطبق النظرية، وإن كان هذا فرض نادر الوقوع عملاً .

– ويكفي وجود التزام على أحد المتعاقدين متراخي التنفيذ إلى ما بعـد الحـادث الطارئ ثم صار مرهقاً للمدين دون ما اعتبار بكون الالتزام المقابل قد تم تنفيذه أو كان تنفيذه متراخياً كذلك (نقض مدني : ١٩٦٣/٣/٢١ – مجموعة أحكـام النقض – س ١٤ – ص ٣٤٧).

– ويرى البعض إمكانية تطبيق النظرية على العقود الاحتمالية في بعض الفروض، انظر : د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٥٥٨، إذ المخاطرة في العقود الاحتمالية تتحدد في ذاتها وفي مداها بالظروف التي أبرم العقد في ظلها، فإذا طرأت ظروف جديدة استثنائية لم تكن في الحسبان وترتب عليها أن أصبح التزام المدين مرهقاً على نحو يتجاوز إلى حد كبير ما كان الشخص العادي يتوقعه عادة عنـد إبـرام العقد، فلا مانع من تطبيق النظرية .

ومن هذا الرأي : د/ الأهواني : ص ٢٢١ .

ونحن نؤيد هذا الرأي .

(٢) د/ السنهوري : ص ٥٢٤.

الشرط الثاني : أن يقع حادث استثنائي عام غير متوقع ولا يمكن دفعه أو تحاشيه

يجب ثانياً أن يقع حادث طارئ في الفترة ما بين إبرام العقد وتنفيذه، ويشترط في هذا الحادث ما يلي :

١- أن يكون استثنائياً : ويقصد بذلك أن يكون مما يندر حدوثه، فهو أمر غير متوقع بحسب المألوف في الحياة، كحدوث زلزال أو فيضان أو إعصار أو حرب أو إضراب مفاجئ، أو صدور قانون يفرض تسعيرة معينة أو يلغي تسعيرة قائمة[1]، أو ارتفاع فاحش في الأسعار بسبب ظروف اقتصادية معينة.

٢- أن يكون عاماً : يجب أن يكون الحادث عاماً، أي غير خاص بالمدين ، فلو كان كذلك لا تطبق النظرية مهما كان أثر هذا الحادث على التزام المدين، من ذلك مثلاً إصابة المدين بمرض، أو حدوث حريق التهم محصوله أو إفلاسه، حيث لا يستفيد المدين من النظرية بشأن مثل هذه الحوادث، لأنها خاصة به وحده وليست عامة[2].

---

(١) وقد اعتبرت محكمة النقض المصرية أن صدور قانون الإصلاح الزراعي رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ يعتبر حادثاً إستثنائياً يجيز تطبيق نظرية الظروف الطارئة، انظر : نقض مدني : ١٩٦٥/١٢/١٨ – المجموعة – س ١٦ – ص ١٩١.

(٢) د/ الصدة : ص ٣٣٦، وقد أراد المشرع بذلك التضييق من نطاق تطبيق النظرية حرصاً على قاعدة القوة الملزمة للعقد، راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ – ص ٢٨٢.

ويكفي لكي يكون الحادث عاماً، أن يكون شاملاً لطائفة معينة من الأشخاص أو كان في مكان معين كحدوث حريق في قرية أو حدوث ظرف طارئ لطائفة معينة من التجار المستوردين لسلعة معينة، فلا يشترط أن يكون الحادث شاملاً لكل أجزاء الدولة أو شاملاً لكل المواطنين[١].

٣- أن يكون غير ممكن المتوقع، ولا يمكن دفعه : يلزم كذلك أن يكون الحادث مما لا يمكن توقعه، فإذا أمكن توقع الحادث أو كان في الاستطاعة توقعه، لا تطبق النظرية، ففيضان النيل العادي، واختلاف سعر العملة، وانتشار دودة القطن، كل هذه حوادث في الوسع توقعها[٢].

ويؤخذ التوقع أو عدم التوقع بمعيار موضوعي ، أي معيار الشخص العادي، فلا ينظر فيه إلى شخص المدين ومدى توقعه للحادث[٣]، ففيضان النيل مثلاً يعد حادثاً متوقعاً من قبل الشخص العادي إلا إذا كان هذا الفيضان مدمراً[٤] وقد قضى بأن المعيار في توافر هذا الشرط هو ألا يكون في مقدور الشخص العادي أن يتوقع حصولها لو وجد في ظروف المدين وقت التعاقد بصرف النظر عما إذا كان هذا المدين قد توقع حصولها فعلاً

---

(١) د/ رمضان أبو السعود : ص ٢٢٧ .

(٢) د/ السنهوري : ص ٥٢٥ ، ص ٥٢٦.

(٣) د/ نبيل سعد : ص ٢٩٠، ص ٢٩١، والأحكام المشار إليها بهامش ١ - ص ٢٩١.

(٤) د/ رمضان أبو السعود : ص ٢٢٨.

أو لم يتوقعه[١].

كذلك يشترط ألا يكون في الوسع دفع الحادث أو تحاشيه، ذلك لأنه لو كان بوسع المدين أن يتحاشى أثر الحادث فلا تنطبق النظرية، فمثلاً انقطاع المواصلات إنقطاعاً عارضاً يمكن التغلب عليه باستعمال طرق أخرى للنقل غير التي انقطعت [٢].

الشرط الثالث : أن يكون من شأن الحادث أن يجعل تنفيذ الالتزام مرهقاً :

يجب أن يترتب على الحادث أن يصبح تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين، وليس مستحيلاً، ذلك لأن الاستحالة يترتب عليها انقضاء الالتزام، ومن هنا يبدو الفارق بين القوة القاهرة والحادث المفاجئ، إذ يترتب على الأولى انقضاء الالتزام وانفساخ العقد بقوة القانون، أما الحادث المفاجئ فيترتب عليه منح القاضي سلطة رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، فتتوزع الخسارة بين المدين والدائن[٣].

---

(١) نقض مدني : ١٩٦٩/١١/١١ – مجموعة أحكام النقض – س ٢٠ – ص ١١٩٣.

(٢) د/ رمضان أبو السعود : ص ٢٢٩ .

– وفي هذا يتفق الحادث المفاجئ مع القوة القاهرة، حيث يشترط فيهما عدم إمكانية التوقع، وعدم إمكانية الدفع، انظر : نقض مدني : ١٩٩٧/٤/١٤ – مجموعة أحكام النقض – س ٤٨ – رقم ١٢٦ – ص ٦٤٩.

(٣) د/ السنهوري : ص ٥٢٦.

وقد وضع المشرع معياراً موضوعياً مرناً للالتزام المرهق، حيث يكون الالتزام كذلك إذا كان يهدد المدين بخسارة فادحة، فالخسارة المألوفة في التعامل لا تكفي، إذ التعامل مكسب وخسارة، والعبرة بموقف الشخص العادي في العقد، فلا يؤخذ بمعيار ذاتي أو شخصي، ومن ثم تطبق النظرية إذا ترتب على الحادث التهديد بخسارة فادحة حتى لو كان المدين في الواقع ثريا ولا يتأثر بالحادث الطارئ في حقيقة الأمر، كما لو كان المدين هو الحكومة، أو أن المدين الذي التزم بتوريد سلعة معينة ارتفعت أسعارها فجأة بسبب الحادث الطارئ، كان قد احتفظ في مخازنه بكميات كبيرة من هذه السلعة ولا يتأثر بالتالي بارتفاع أسعارها[١].

ومن ثم ، فإن إرهاق المدين لا ينظر فيه إلا إلى الصفقة التي أبرم العقد في شأنها، فلو أن المدين تهددته خسارة فادحة من جراء هذه الصفقة تبلغ أضعاف الخسارة المألوفة، كانت الخسارة فادحة وطبقت النظرية حتى لو كانت الخسارة لا تعد شيئاً كبيراً بالنسبة إلى مجموع ثروة المدين، فالخسارة تنسب إلى الصفقة لا إلى مجموع ثروة المدين[٢].

---

(١) د/ نبيل [illegible] ص [illegible] ٢٩ [illegible] ص ٢٩٢، د/ رمضان أبو السعود : ص ٢٣١.
(٢) د/ [illegible] جمهوري [illegible]

ثالثاً : أثر توافر شروط النظرية

إذا توافرت الشروط السابقة، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك[1].

ومن ثم فإن للقاضي في سبيل رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، أحد ثلاثة أمور هي [2] :

(١) للقاضي إنقاص التزام المدين :

يجوز للقاضي أن ينقص التزام المدين برده إلى الحد المعقول، فإذا التزم المدين بتوريد مائة أردب من القمح بسعر معين ثم ارتفع السعر فجأة ارتفاعاً كبيراً بسبب الحادث الطارئ، كان للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة ين مصلحة الطرفين أن ينقص من قدر التزام المدين ، فيلزمه بتوريد سبعين أو ثمانين أردباً فقط بدلاً من مائة .

وللدائن الحق في قُبول الإنقاص أو رفضه وطلب فسخ العقد، حيث

---

(١) مادة ٢/١٤٧ مدني مصري .

(٢) ويلاحظ أن المشرع قد أطلق يد القاضي في رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول، ولم يلزمه بإنقاص التزام المدين كما كان عليه الحال في المشروع النهائي، والذي رأت لجنة القانون المدني بمجلس الشيوخ العدول عنه. انظر : مجموعة الأعمال التحضيرية – ٢ – ص ٢٨٤ : ص ٢٨٦.

لا يجبر الدائن على قبول الإنقاص، إذ ربما لا تحقق الصفقة غرضها إذا تم إنقاصها.

(٢) للقاضي زيادة التزام الدائن (زيادة الالتزام المقابل) :

يجوز للقاضي بدلاً من إنقاص التزام المدين أن يزيد في التزام الدائن المقابل للالتزام المرهق، ففي المثال السابق إذا كان السعر المتعاقد عليه لأردب القمح مائة جنيه، ثم ارتفع نتيجة للحادث (فيضان شديد دمر زراعات القمح) إلى مائتي جنيه، كان للقاضي بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرفع سعر التوريد إلى مائة وأربعين جنيها على سبيل المثال.

ويلاحظ الآتـــي :

أ – أن القاضي يجب أن يستبعد الزيادة المألوفة في الأسعار، حيث يتحملها المدين وحده، ثم يقسم الزيادة غير المألوفة (الفاحشة) بين الدائن والمدين، ولا يجوز تحميلها لأحدهما فقط، فإذا كانت الزيادة المألوفة في سعر الأردب ٢٠ جنيه، ثم زاد السعر حتى وصل إلى ٢٠٠ جنيه، فإن الزيادة غير المألوفة وقدرها ٨٠ جنيه يوزعها القاضي بين الدائن والمدين، فقد يقسمها بينهما بالتساوي فيكون نصيب الدائن منها ٤٠ جنيه، فيصبح ملتزماً بالشراء بسعر ١٤٠ جنيهاً بدلاً من ١٠٠ جنيه للأردب الواحد.

ب- أن الدائن لا يجبر على قبول الزيادة، وإنما يحق له رفضها وطلب فسخ العقد، فإذا اختار الفسخ كان هذا في صالح المدين، إذ يرتفع عن كاهله كل أثر للحادث الطارئ[١].

(٣) للقاضي وقف تنفيذ العقد مؤقتاً :

يجوز للقاضي كذلك أن يأمر بوقف تنفيذ العقد مؤقتاً بدلاً من الإنقاص أو الزيادة في التزامات الطرفين، خاصة إذا رأى القاضي أن الحادث مؤقت وسيزول بعد وقت قصير، مثال ذلك أن يتعهد مقاول بإقامة مبنى، وترتفع أسعار حديد التسليح ارتفاعاً فاحشاً ولكنه ارتفاع يوشك أن يزول لقرب صدور قرار حكومي بفتح باب الاستيراد، فيوقف القاضي التزام المقاول بتسليم المبني في الموعد المتفق عليه، حتى يتمكن المقاول من القيام بالتزامه دون إرهاق، إذا لم يكن في هذا الموقف ضرر جسيم يلحق صاحب المبنى[٢].

وقد يختار القاضي بدلاً من وقف تنفيذ العقد، أن يمنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه بالصورة التي يضع إطارها القاضي لتحقيق التوازن[٣].

---

(١) د/ السنهوري : المرجع السابق – ص ٥٣٠.
(٢) د/ السنهوري : ص ٥٢٨ ، ص ٥٢٩.
(٣) د/ رمضان أبو السعود : ص ٢٣٤.



أما الاتفاق اللاحق على وقوع الظرف الطارئ فيقع صحيحاً، حيث لا يحاط بشبهة الضغط على إرادة المدين[1].

وفي كل الحالات، يلزم اللجوء إلى القضاء لإعمال النظرية[2]، ولايجوز التمسك بإعمالها لأول مرة أمام محكمة النقض[3].

المطلب الرابع
" جزاء القوة الملزمة للعقد "
(المسئولية العقدية)

إذا قام كل متعاقد بتنفيذ التزاماته الناشئة عن العقد وفقاً لما هو متفق عليه فلا مشكلة، ذلك لأن التنفيذ العيني الإختياري هو الأصل. أما إذا لم ينفذ المتعاقد التزاماته، سواء تأخر في التنفيذ أو امتنع عنه، أو نفذها تنفيذاً معيباً، فللمتعاقد الآخر إجباره على التنفيذ العيني عن طريق القضاء إن كان هذا التنفيذ ممكناً .

فإذا لم يكن التنفيذ العيني الجبري ممكناً، أو كان ممكناً ولم يطلبه المتعاقد الآخر (الدائن في الالتزام)، أو لم يعرضه المتعاقد (المدين)، فإن للدائن المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ العيني للالتزام، وفقاً لقواعد

---

(١) نفس الإشارة .

(٢) نقض مدني : ١٩٥٧/١/٢٤ – مجموعة أحكام النقض – س ٨ – ص ٩٨.

(٣) نقض مدني : ١٩٦٨/٧/٣ – نفس المجموعة – س ١٩ – ص ١٢٣٩.

المسئولية العقدية، ويسمى ذلك (التنفيذ بمقابل أو التنفيذ بطريق التعويض) ويتم استناداً لنص المادة / ٢١٥ وما بعدها من القانون المدني .

وننوه إلى أن مجال المسئولية العقدية يرتبط بوجود العقد، فإذا لم يكن العقد قد أبرم بعد، أو كان قد زال لأي سبب من الأسباب، فإن التعويض يكون على أساس المسئولية التقصيرية التي سيأتي الحديث عنها لاحقاً.

ولكي تقوم المسئولية العقدية، لابد من توافر ثلاثة أركان، شأنها في ذلك شأن المسئولية التقصيرية، وهذه الأركان هي : الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما، وسنلقي الضوء على كل من هذه الأركان تباعا في عجالة ، ثم نعقب ذلك ببيان مدى جواز الاتفاق على تعديل قواعد المسئولية العقدية، وذلك كما يلي :

الفرع الأول

" الخطأ العقدي "

يقصد بالخطأ بصفة عامة الانحراف عن السلوك المألوف للشخص المعتاد إذا وضع في مثل ظروف المخطئ، والخطأ ركن أساسي في المسئولية العقدية، وهو قد يقع من المتعاقد شخصياً، وقد يقع من الغير الذين يستعين بهم المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية، وقد يقع الضرر بفعل شيء يستخدمه المتعاقد في تنفيذ التزاماته العقدية.

ويلزم بيان مضمون الخطأ في كل حالة من الحالات السابقة، ومدى مسئولية المتعاقد عنه، كما يلي :

أولاً : الخطأ العقدي الصادر عن المتعاقد نفسه :

إذا ارتكب المتعاقد خطأ عقدياً فيما يخص تنفيذ التزاماته التعاقدية، فإنه يسأل عن هذا الخطأ مسئولية المدين عن فعله الشخصي .

وقد نصت المادة / ٢١٥ من القانون المدني على أنه : " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم وفائه بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لايد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه ".

ومن ثم فإن المتعاقد يعد مخطئاً إذا لم ينفذ التزامه، سواء أكان ذلك كلياً أو جزئياً، أو كان قد تأخر في تنفيذ التزامه، أو نفذه بطريقة معيبة تخالف ما اتفق عليه، وبحسب طبيعة التعامل وما ينبغي أن يسود التعاقد من أمانة وثقة بين المتعاقدين .

ويتحقق خطأ المتعاقد سواء أكان الخطأ بسيطاً أو جسيماً، أو تمثل في ارتكاب غش بقصد الإضرار بالمتعاقد الآخر، أو تحقيق مصلحة شخصية للمتعاقد المخطئ، فقد سوى المشرع بين الخطأ البسيط والخطأ الجسيم والغش من حيث تحقق الخطأ، فقط يكون للغش والخطأ الجسيم أثرهما في

مدى المسئولية عن الضرر، وفي الاتفاقات المتعلقة بالإعفاء من المسئولية العقدية أو التخفيف منها على ما سيأتي .

وإذا كان الالتزام بتحقيق نتيجة، فإن المتعاقد يعد مخطئاً بمجرد أن يشير الدائن إلى عدم تحقق النتيجة، لينتقل عبء الإثبات إلى عاتق المتعاقد الملزم بتحقيق نتيجة، أما إذا كان الالتزام ببذل عناية، فإن على الدائن أن يثبت عدم قيام المتعاقد (المدين) ببذل العناية المطلوبة، ولاشك أن هذا الإثبات يكون صعباً عنه في الحالة الأولى والتي تتحقق فيها مسئولية المدين بمجرد عدم تحقق النتيجة[١]، مالم يثبت أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبي لايد له فيه، حيث تنتفي علاقة السببية في هذه الحالة[٢].

ثانياً : الخطأ العقدي الصادر عن الغير الذي يستخدمه المتعاقد في تنفيذ التزامه :

لا يقصد بالغير هنا الأجنبي عن المدين، أو التابع للمدين، حيث لا يسأل المدين (المتعاقد) عن فعل هذا الأجنبي في الحالة الأولى لعدم توافر علاقة السببية، كما يسأل عن فعل التابع وفقاً لأحكام مسئولية المتبوع عن فعل التابع.

(١) راجع في التفرقة بين الالتزام بتحقيق نتيجة والالتزام ببذل عناية، ما سبق ذكره في هذا المؤلف ص ٤٢ وما بعدها.

(٢) مادة / ٢١٥ مدني مصري.

وإنما يقصد بالغير في هذا الصدد الشخص المكلف بتنفيذ التزام المدين التعاقدي بموجب اتفاق معه، أو بموجب نص في القانون[١]، وبهدف مساعدة المدين أو معاونته أو الحلول محله في التنفيذ، فالغير هنا هو الشخص الذي يستخدمه المدين في تنفيذ التزامه التعاقدي سواء بموجب اتفاق أو نص في القانون، سواء أكان ذلك بغرض المساعدة أو المعاونة أو الحلول محل المدين في التنفيذ[٢].

ويشترط لمسئولية المدين العقدية عن فعل الغير ما يلي :[٣]

الشرط الأول : توافر عقد صحيح بين المسئول (المدين) والمضرور .

الشرط الثاني : أن يكون الغير مكلفاً من قبل المدين أو المشرع بتنفيذ التزام المدين التعاقدي أو المساعدة أو المعاونة في تنفيذه.

الشرط الثالث : أن يقع خطأ من الغير يتعلق بتنفيذ الالتزام التعاقدي، ينتج عنه ضرر.

---

(١) د/ الصدة : ص ٣٥٣.

(٢) د/ حسام لطفي : ص ٢٠٧.

(٣) راجع حول هذه المسئولية وشروطها بالتفصيل بحث الزميل الأستاذ الدكتور / جابر محجوب علي : المسئولية عن فعل الغير في إطار المجموعات العقدية – مجلة الحقوق – الكويت – س ٢٣ – أبريل / مايو / يونيه ١٩٩٩.

الشرط الرابع : ألا يكون المدين قد اشترط عدم مسئوليته عن فعل الغير حتى في حالتي الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من الغير[١].

ومن تطبيقات المسئولية العقدية عن فعل الغير، مسئولية المقاول الأصلي عن أفعال المقاول من الباطن قبل رب العمل، ومسئولية الوكيل عن أعمال نائبه[٢].

وإذا ما قام المدين بدفع التعويض للمضرور، فله أن يرجع بعد ذلك على الغير، عن طريق المسئولية العقدية إذا كان قد كلفه بتنفيذ التزامه، أو التقصيرية إذا كان الغير مكلفاً من قبل المشرع كالولي أو الوصي .

ويلاحظ أخيراً أن المشرع المصري لم يضع نظرية عامة للمسئولية العقدية عن فعل الغير، وإنما أشار إليها فقط في نص المادة ٢/٢١٧ من

---

(١) مادة ٢/٢١٧ مدني مصري .

- وتجدر الإشارة إلى أن الفقه مختلف حول أساس المسئولية العقدية عن فعل الغير، فيرى البعض أنها تؤسس على فكرة الخطأ المفروض في جانب المدين فرضاً لا يقبل إثبات العكس، وقال البعض الآخر بفكرة تحمل التبعة، والبعض يؤسسها على فكرة النيابة، وأخيراً يرى البعض أنها تستند إلى فكرة الضمان، راجع : د/ الصدة : ص ٣٥٢.
- وفي رأينا أن هذه المسئولية مصدرها العقد، وتتأسس على فكرة الخطأ العقدي، والذي يتوافر عند الإخلال بالتزام المدين التعاقدي، سواء وقع هذا الإخلال من المدين، أو وقع من الغير الذي يستخدمه المدين في تنفيذ التزامه.

(٢) د/ رمضان أبو السعود : ص ٢٣٨.

القانون المدني، وبطريق غير مباشر، وأورد بعض تطبيقات لها[١].

ثالثاً : مدى مسئولية المتعاقد عن فعل الأشياء :

إذا كان هناك شيء في حيازة المتعاقد يستخدمه أو يستعمله في تنفيذ التزامه التعاقدي، وتدخل هذا الشيء بطريقة إيجابية في عدم تنفيذ الالتزام وإحداث الضرر، فإن المتعاقد يسأل عن فعل هذا الشيء مسئوليته عن خطئه الشخصي[٢]. ومن أمثلة ذلك أن تنفجر الآلة المبيعة في يد المشتري بعد تسلمها من البائع، وتصيبه بضرر في نفسه أو في ماله؛ فيكون البائع مسئولاً مسئولية عقدية لا عن فعله الشخصي، بل عن فعل الشيء، وكذلك مسئولية الناقل البري عن إصابة الراكب بضرر نتيجة لانفجار السيارة حيث يسأل مسئولية عقدية تجاه المضرور أو ذويه لأن الناقل ملتزم بسلامة الراكب. وتكون المسئولية الناقل هنا لا عن فعله الشخصي، بل عن فعل الشيء[٣].

واستخلاص الخطأ الموجب للمسئولية من سلطة محكمة الموضوع التقديرية، غير أن تكييف الفعل بأن خطأ من عدمه يخضع لرقابة محكمة النقض[٤].

---

(١) د/ الصدة : ص ٣٥٣، د/ السنهوري : ص ٥٤٦.

(٢) د/ السنهوري : ص ٥٤٦.

(٣) د/ السنهوري : ص ٥٤٨.

(٢) نقض مدني : ١٩٩٧/١/١٦ – مجموعة أحكام النقض – س ٤٨ – رقم ٣٠ – ص ١٥٦، ١٩٩٧/١١/٣٠ – س ٤٨ – رقم ٢٥٣ – ص ١٣٦٠.

الفرع الثانـــــي

" الضـــــرر "

لكي تقوم المسئولية المدنية لابد وأن يكون هنـــاك ضـــرر أصـــاب الدائن، فالضرر ركن أساسي في المسئولية المدنية القائمة على التعويض، فإذا أمكن تصور مسئولية بدون خطأ، فلا يمكن تصور مسئولية مدنية دون ضرر، فإن لم يتوافر الضرر لا تقوم المسئولية .

وسنشير إلى تعريف الضرر وأنواعه، ونطاقه، وإثباته، كالتالى :

أولاً : تعريف الضرر وأنواعه :

يقصد بالضرر الإخلال بمصلحة مالية أو أدبية للمضرور، فهو الأذى الذي يصيب الإنسان في حق من حقوقه أو في مصلحة له معتبرة شـــرعاً، سواء كان هذا الحق أو المصلحة ذا قيمة مالية أم لم يكن كذلك[١].

ومن ثم فإن الضرر في المسئولية العقدية هو الأذى الـــذي يلحـــق المتعاقد بسبب عدم تنفيذ الالتزام التعاقدي أو التأخر في تنفيـــذه أو تنفيـــذه بطريقة معيبة، وسواء تمثل ذلك في الإخـــلال بمصـــلحة ماليـــة أو أدبيـــة للمضرور.

---

(١) د/ رمضان أبو السعود : ص ٢٤٠ ، ص ٢٤١.

أنـــواع الضـــرر :

قد يكون الضرر مادياً وقد يكون أدبياً، كمـــا أن تفويـــت الفرصـــة يعوض عنه، وسنبين كل نوع ، ثم نشير إلى نطاق وشروط الضرر الـــذي يعوض عنه في المسئولية العقدية، كما يلي :

(١) الضرر المـــادي :

هو الضرر الذي يصيب الدائن في جسمه أو في ذمته المالية مـــن جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه، فهو الإخلال بمصلحة ماليـــة للمضـــرور والناشئ عن إخلال المدين بالتزامه التعاقدي. ومن أمثلته الضـــرر الـــذي يصيب المشتري بسبب عدم قيام البائع بتسليم المبيع أو التأخر في تسليمه، أو الضرر الذي يصيب الراكب في عقد نقل الأشخاص نتيجة خطأ الناقـــل، ويجب أن يكون هذا الضرر حالاً، أي وقع بالفعل، على أنه يكفي أن يكـــون الضرر محقق الوقوع في المستقبل حتى ولو لم يقع فعـــلاً فـــي الحاضـــر، ويمكن تقدير هذا الضرر في الحال، أو في المستقبل، وحينئذ يجب الانتظار حتى يتم هذا التقدير، ومن أمثلة ذلك إصابة الراكب التي لا يعرف مداها إلا بعد فوات مدة معينة، حيث يجب التريث حتى يمكـــن التحقـــق مـــن مـــدى إصابته[١].

(١) د/ نبيل سعد : ص ٣٠٠.

أما الضرر المحتمل، فلا يعوض عنه إلا إذا تحقق فعلاً، حيث لا يعتبر ضرراً محققاً إلا إذا تحقق بالفعل[١]. فإذا أحدث المستأجر بالعين المؤجرة خللاً يخشى معه أن تنهدم العين، فإن تهدم العين ضرر محتمل لا يعوض عنه إلا إذا تحقق بالفعل.

الضرر المادي الناشئ عن تفويت الفرصة :

إذا كان الضرر الاحتمالي لا يعوض عنه باعتباره يمثل خسارة محتملة أو حرمان من كسب احتمالي، ومن ثم يعتبر غير محقق الوقوع، إلا أن الحرمان من فرص تجنب الخسارة أو تحقيق الكسب يمثل ضرراً محققاً واجب التعويض، ويكون هذا التعويض عن الحرمان من فرصة تحقيق الكسب الاحتمالي، أو تجنب الخسارة[٢]، فتفويت الفرصة يعد في ذاته ضرراً محققاً [٣].

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن : " من المقرر أنه إذا كانت الفرصة أمراً محتملاً، فإن تفويتها أمر محقق، ولا يمنع القانون من أن يحسب في الكسب الفائت ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب

(١) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٣٠٦.

(٢) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٣٠٧.

(٣) راجع حول أحكام هذا التعويض بالتفصيل، د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل : " تعويض تفويت الفرصة – مجلة الحقوق – الكويت – س ١٠ – ع ٢ – يونيو ١٩٨٦ – ص ٨١ وما بعدها .

ما دام لهذا الأمل أسباب مقبولة "[١].

واستقر قضاء النقض على أن مناط التعويض عن الضرر المـــادي الناشئ عن تفويت الفرصة أن تكون هذه الفرصة قائمة وأن يكون الأمل في الإفادة منها له ما يبرره[٢].

(٢) الضرر الأدبي أو المعنوي :

وهو الإخلال بمصلحة أدبية للمضـــرور، أي الأذى الـــذي يصـــيب الإنسان في كيانه المعنوي، فيصيب الإنسان في شرفه واعتبـــاره أو فـــي إحساسه ومشاعره وعاطفته[٣].

---

(١) نقض مدني : ١٩٩١/٥/٢٣ – مذكور في : قضاء النقض في المـــواد المدنيـــة – للمستشار عبد المنعم دسوقي – المجلد الثاني – طبعة نادي القضـــاة – ١٩٩٤ – جـــ ١ – رقـــم ٣٤٠١ – ص ١٢٨٢، وفـــي هـــذا المعنـــي : نقـــض مـــدني : ١٩٧٩/٥/١٦ – مجموعـــة أحكـــام الـــنقض – س ٣٠ – ع ٢ – ص ٣٦١، ١٩٨٥/٣/١٤ – س ٣٦ – ص ٤٠٣.

وفي ذات المعنى : تمييز كويتي : ١٩٨٧/١١/٩ – مجلـــة القضـــاء والقـــانون – س١٥ – ع ٢ – ديسمبر ١٩٩٤ – رقم ٨٩ – ص ٣١١.

(٢) على سبيل المثال انظر : نقض مدني : ١٩٨٣/٤/٢٨ – مجموعة أحكام النقض – س ٣٤ – ص ١٠٩٦.

(٣) نقض مدني : ١٩٩٨/٤/٢٩ – مذكور في أحـــدث أحكـــام الـــنقض – للأســـتاذ / محمد أحمد يوسف – دار إيجي مصر للطباعة والنشر – ١٩٩٩ – ص ٦٤.

والضرر الأدبي نادر الحدوث في المجال التعاقدي، ومع ذلك يمكن وقوعه، ومن أمثلته الضرر الذي يصيب المريض من جراء إفشاء الطبيب أسرار حالته الصحية، حيث يسأل الطبيب عن تعويض هذا الضرر[١]. وقد نص المشرع على أن التعويض في المسئولية العقدية يشمل الضرر الأدبي أيضا[٢].

غير أن التعويض عن الضرر الأدبي لا ينتقل إلى الغير إلا إذا تحدد بمقتضى اتفاق، أو طالب الدائن به أمام القضاء[٣]. ومع ذلك لايجوز الحكم بالتعويض إلا للأزواج والأقارب إلى الدرجة الثانية عما يصيبهم من ألم من جراء موت المصاب[٤]، وسنعود لشرح هذه المسألة بالتفصيل عند دراسة ركن الضرر في المسئولية التقصيرية .

ثانياً : نطاق الضرر :

يشمل التعويض في المسئولية العقدية الضرر المباشر المتوقع فقط، ويقصد بالضرر المباشر، ذلك الضرر الناتج عن الإخلال بالالتزام العقدي مباشرة، والذي لا يكون في وسع الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول[٥].

---

(١) راجع : د/ محمد يحي المحاسنة : المادة / ٣٦٠ مدني أردني والتعويض عن الضرر الأدبي في المسئولية العقدية – مجلة الحقوق – الكويت – س ٢٤ – سبتمبر ٢٠٠٠ ص ٣٤٧ وما بعدها .

(٢، ٣) مادة ١/٢٢٢ مدني مصري.

(٤) مادة ٢/٢٢٢ مدني مصري.

(٥) مادة /١/٢٢١ مدني مصري.

عناصر التعويض عن الضرر :

يشمل التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب[١]، بسبب خطأ المدين، ومع ذلك فإن تفويت الفرصة يعوض عنه كما ذكرنا.

ويقتصر التعويض في المسئولية العقدية على الأضرار اللاحقة على تاريخ إعذار المدين في كل حالة يكون الإعذار فيها ضرورياً[٢]. وتقدير التعويض من سلطة محكمة الموضوع، بشرط أن تبين في حكمها عناصر الضرر[٣].

ثالثاً : إثبات الضرر :

يقع على الدائن عبء إثبات الضرر الذي أصابه من جراء عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو التأخر فيه، ويجوز للدائن إثبات هذا الضرر بكافة طرق الإثبات .

وإذا وجد شرط جزائي في العقد، وتحقق هذا الشرط، فإنه يفترض وقوع الضرر بقرينة غير قاطعة لصالح الدائن، فلا يكلف بإثباته، ويكون على المدين في هذه الحالة إثبات عدم وقوع الضرر[٤].

---

(١) مادة ١/٢٢١ مدني مصري.

(٢) انظر المواد ٢١٨، ٢١٩، ٢٢٠ من القانون المدني المصري .

(٣) نقض مدني : ١٩٩٧/١٢/٢٧ – مذكور في أحدث أحكام النقض – السابق – ص ٦٥، ١٩٩٧/٥/٢٢ – مجموعة أحكام النقض – س٤٨ – رقم ٥٢ – ص ٧٦٩.

(٤) د/ نبيل سعد : ص ٣٠٢.

وبالنسبة للفوائد التأخيرية، فإنها تستحق بمجرد التأخير دون حاجة لإثبات الضرر، إذ يعد هذا الضرر مفروضاً في هذه الحالة بمجرد التـــأخير في سداد الفوائد[١].

وتتمتع محكمة الموضوع بسلطة تقديرية بشأن تـــوافر الضـــرر أو عدم توافره، وبشأن مدى الضرر، كما تستقل بتقـــدير التعـــويض الجـــابر للضرر، بشرط أن يكون حكمها سائغاً له ما يبرره من واقع ظروف الدعوى وملابساتها والمستندات المقدمة فيها[٢].

الفـــــــرع الثالث

" علاقـــة السببيــــــــــة "

لا تقوم المسئولية العقدية بمجرد توافر الخطأ والضرر، وإنما يلزم فضلاً عن ذلك أن يكون هذا الضرر ناتجاً عن ذلـــك الخطـــأ، أي أن يكـــون الخطأ هو سبب تحقق الضرر، وهذا ما يعبر عنه بعلاقة الســـببية والتـــي مؤداها ارتباط الخطأ بالضرر ارتباط السبب بالمسبب. فإذا لم تتوافر علاقة السببية على هذا النحو فلا يسأل المدين، رغم ارتكابه للخطأ.

وتطبيقاً لذلك ، فإن هيئة السكك الحديديـــة لا تســـأل عـــن نفـــوق الحيوانات المنقولة من مكان إلى آخر، إذا ثبت أن نفوق الحيوانات لـــيس

(١) مادة / ٢٢٨ مدني، وانظر : د/ الصدة : ص ٣٥٧.

(٢) د/ رمضان أبو السعود : ص ٢٤٣.

بسبب البرد الذي تعرضت له في العربة التي وضعت فيها والتي لم تكن مغلقة، وإنما يرجع هذا النفوق لسبب آخر هو إصابتها بمرض معين، حيث لا تتوافر علاقة السببية في هذه الحالة[١].

وفي عقد العلاج الطبي، إذا ثبت أن وفاة المريض ليست بسبب خطأ الطبيب (أو الجراح)، فلا يسأل الطبيب في هذه الحالة.

ويفترض قيام رابطة السببية، حيث لا يكلف الدائن بإثباتها، وإنما يقع على عاتق المدين عبء إثبات تخلف رابطة السببية بين الخطأ والضرر[٢]. ويستطيع المدين أن يثبت ذلك بإثبات السبب الأجنبي الذي أدى إلى وقوع الضرر، سواء تمثل ذلك في قوة قاهرة أو فعل الغير أو فعل الدائن نفسه[٣]، وقد نصت المادة / ٢١٥ من القانون المدني على أنه : " إذا استحال على المدين أن ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه، ما لم يثبت أن استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويكون الحكم كذلك إذا تأخر المدين في تنفيذ إلتزامه ".

---

(١) د/ رمضان أبو السعود : ص ٢٤٣.

(٢) د/ نبيل سعد : ص ٣٠٣.

(٣) انظر في أمثلة لهذا السبب الأجنبي لدى : د/ نبيل سعد : ص ٣٠٣، ص ٣٠٤.

- وقد نص المشرع المصري على أنه : " يجوز للقاضي أن ينقص مقدار التعويض أو ألا يحكم بتعويض ما، إذا كان الدائن بخطئه قد اشترك في إحداث الضرر، أو زاد فيه". (مادة / ٢١٦ مدني).

ومن ثم يستطيع المدين أن ينفي علاقة السببية بإثبات السبب الأجنبي، ولكن يشترط في هذا السبب أن يكون غير ممكن التوقع، وألا يكون بوسع المدين دفعه، وأن يكون أجنبياً عن المدين أي لا يسأل عنه[١].

وإذا توافرت أركان المسئولية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، قامت مسئولية المدين، والتزم بتعويض الضرر الذي أصاب الدائن، وهذا التعويض يشمل ما لحق الدائن من خسارة، وما فاته من كسب ، مع إدخال تفويت الفرصة في الاعتبار، ويدخل تقدير هذا التعويض في سلطة القاضي التقديرية[٢]. ويقدر التعويض بقدر الضرر الذي لحق الدائن وقت الحكم به[٣].

الفرع الرابع

" مدى جواز الاتفاق على تعديل أحكام المسئولية العقدية "

هل يجوز للمتعاقدين الإتفاق على تعديل أحكام المسئولية العقدية سواء بالاتفاق على تشديد المسئولية أو تخفيفها أو الاعفاء منها ؟ نشير إلى جواز الاتفاق على تشديد أحكام المسئولية، ثم إلى أي مدى يجوز

---

(١) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٣٠٨.

(٢) انظر : نقض مدني : ١٩٩٧/١٢/٢٧، ١٩٩٧/٥/٢٢ – سالفي الذكر.

(٣) حول التقدير القضائي للتعويض راجع د/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل : التقدير القضائي للتعويض – مجلة المحامي – الكويت – س ٨ – أبريل ١٩٨٥ – ص ٦٧ وما بعدها .

الاتفاق على التخفيف أو الإعفاء من أحكام المسئولية العقدية، وذلك كما يلي[١]:

أولاً : جواز الاتفاق على تشديد أحكام المسئولية :

يجوز للمتعاقدين الاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ والقوة القاهرة، وهذا ما نصت عليه المادة ١/٢١٧ من القانون المدني .

كما يجوز بالمثل، الاتفاق على أن يتحمل المدين مسئولية تعويض الضرر المباشر غير المتوقع .

فمثل هذه الاتفاقات صحيحة وجائزة، ويمكن اعتبارها نوعاً من التأمين، حيث أن المدين يؤمن الدائن ضد خطر القوة القاهرة أو الحادث المفاجئ، أو ضد خطر الأضرار غير المتوقعة وقت التعاقد، ويكون ذلك عادة في مقابل زيادة في المقابل الذي يتقاضاه المدين في العقد[٢].

---

(١) يخرج عن نطاق الدراسة التأمين من المسئولية، والاتفاق على تعديل مقدار التعويض أو الإعفاء منه بعد وقوع الضرر بالفعل لأن ذلك بمثابة صلح، كما يخرج عن ذلك أيضاً الاتفاق على تقدير التعويض مقدماً وهو ما يعرف باسم الشرط الجزائي.

(٢) د/ نبيل سعد : ص ٣٠٦.

ولكن إذا وجدت مثل هذه الاتفاقات في عقد من عقود الإذعان، فإنها تخضع لتقدير القضاء في ضوء سلطته في التخفيف أو الإعفاء من الشروط التعسفية الواردة في عقود الإذعان .

ثانياً : مدى جواز الاتفاق على تخفيف المسئولية العقدية أو الاعفاء منها :

كمبدأ عام يجوز الاتفاق على تخفيف المسئولية العقدية، وذلك مثلاً بإعفاء المدين من المسئولية عن تحقق النتيجة والنظر إلى التزامه على أنه مجرد التزام ببذل عناية، أو الاتفاق على عدم مسئولية المدين عن خطئه اليسير [١].

كما يجوز الإتفاق على الإعفاء من المسئولية العقدية [٢]، كالاتفاق على إعفاء المدين من المسئولية عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من الغير الذي يستخدمه في تنفيذ التزامه [٣].

غير أن التخفيف أو الإعفاء من المسئولية العقدية، لا يجوز في حالتين هما :

---

(١) د/ رمضان أبو السعود : ص ٢٤٠.
(٢) مادة ٢/٢١٧ مدني .
(٣) مادة ٢/٢١٧ مدني .

الحالة الأولى : حالة الغش أو الخطأ الجسيم الصادر من المدين :

وهذه الحالة نصت عليها المادة ٢/٢١٧ من القانون المدني، ذلك لأن الغش يفسد التصرفات، ولا يجوز للمدين أن يستفيد منه، فضلاً عن أنه يجعل التزام المدين معلقاً على شرط إرادي محض، وهذا لا يجوز، ولأن الخطأ الجسيم يقترب من العمد ويلحق به في الحكم[١].

غير أنه يجوز الاتفاق على إعفاء المدين عن الغش أو الخطأ الجسيم الصادر من الغير الذي يستخدمه المدين في تنفيذ التزامه التعاقدي، وفقاً لنص المادة ٢/٢١٧ من القانون المدني، بحجة أن عمد الغير لا ينزل منزلة الشرط الإرادي البحت.

وفي رأينا أن هذا النص محل نقد، ذلك لأنه قد يشجع على الغش والتواطؤ بين المدين والغير الذي يستخدمه في تنفيذ التزامه، فضلاً عن أن الغش يفسد كل شيء[٢].

---

(١) د/ الصدة : ص ٣٥٥.

(٢) قرب من هذا الرأي أستاذنا الدكتور / جميل الشرقاوي : المرجع السابق – هامش ٢ – ص ٤٢٣، حيث يشترط سيادته ألا يكون هناك تحريض من المتعاقد، لأن هذا التحريض بمثابة العمد من المتعاقد وهو ما لا يجوز.

الحالة الثانية : حالة الأضرار التي تصيب شخص الدائن :

وضع بعض الفقه قيداً آخر على حرية المتعاقدين في الاتفاق على التخفيف من أحكام المسئولية العقدية أو الاعفاء منها، ويتمثل هذا القيد في عدم جواز مثل هذا الاتفاق بالنسبة للأضرار التي تصيب الإنسان في كيانه المادي أو الأدبي، لأن سلامة الإنسان في جسمه وكيانه الأدبي لا يجوز أن يكون محلاً لأي اتفاق مالي، وكذلك كل ما يدخل في دائرة الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان[١].

وبناءاً عليه، لا يستطيع الطبيب أن يشترط عدم مسئوليته عن الضرر الذي يصيب المريض في أثناء العلاج، أو من جراء عملية جراحية إذا وقع ضرر بسبب خطئه أو إهماله وإن كان يسيراً[٢].

وإذا وقع شرط الإعفاء أو التخفيف باطلاً، فهذا الشرط وحده هو الذي يبطل ويبقى العقد قائماً دون شرط الإعفاء[٣]، هذا ما لم يتبين من إرادة المتعاقدين أن شرط الإعفاء أو التخفيف كان هو الدافع إلى التعاقد، فيبطل العقد كله.

---

(١) د/ الصدة : ص ٣٥٥، د/ نبيل سعد : ص ٣٠٦ ، ص ٣٠٧.
– وقد أخذ قانون الموجبات والعقود اللبناني صراحة بهذا القيد (مادة/١٣٩).
ويرى الفقه المصري ضرورة الأخذ به دون نص، وقد أخذ به المشرع المصري بشأن عقد الإيجار (مادة ٢/٥٦٥)، ويأخذ به القضاء الفرنسي .
(٢) د/ نبيل سعد : ص ٣٠٧.
(٣) د/ السنهوري : ص ٥٥٦.

ويجب على المدين الذي يتمسك بشـرط الإعفـاء أو التخفيـف أن يثبته، ولهذا يجب أن يكون الشرط مكتوباً وواضحاً، حتى يمكن القـول أن الدائن قد اطلع عليه وقبله، إذ أن هذا القبول لا يفترض[١].

تقادم دعوى المسئولية العقدية :

تتقادم دعوى المسئولية العقدية بمضي خمس عشرة سنة من وقت إبرام العقد ما لم يقرر القانون مدة أخرى بخصوص عقد معين .

المبحث الثانـي

" أثر العقد من حيث الأشخـاص "

(نسبية آثار العقـد)

لا يلزم العقد إلا من كان طرفاً فيه، فلا يسري في مواجهة الغيـر، وهذا ما يطلق عليه " نسبية آثار العقد " .

غير أن هذا المبدأ يرد عليه بعض الاستثناءات، وسنوضـح آثـار العقد فيما بين المتعاقدين وخلفهما، ثم آثار العقد بالنسبة للغير، على النحو التالي :

---

(١) د/ السنهوري : ص ٥٥٦.

– وتثور المشكلة حينما يكون الشرط منزوياً في ورقة مطبوعة كتذكرة السفر بالطائرة أو في مكان غير ظاهر في فندق مثلاً، حيث تقوم صعوبة حـول اطـلاع الدائن (الراكب – النزيل) عليه وقبوله. وقد يعد شرط إذعان.

المطلب الأول

" أثر العقد فيما بين المتعاقدين وخلفيهما "

تنصرف آثار العقد بمجرد انعقاده إلى المتعاقدين، فيصبح كل منهما دائناً بما له، ومديناً بما هو ملتزم به، وفقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد[1].

ومع ذلك، قد تنصرف آثار العقد كلها أو بعضها إلى خلف المتعاقدين، سواء أكان خلفاً عاماً أو خاصاً، وذلك كما يلي :

الفـــرع الأول

" مدى انصراف آثار العقد إلى الخلف العام للمتعاقدين "

يقصد بالخلف العام كل من يخلف الشخص في كل حقوقه أو في جزء منها، ومثاله الوارث، والموصي له بجزء من التركة، وذلك في حدود قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الديون .

والقاعدة أن آثار العقد تنصرف إلى الخلف العام للمتعاقد، فيلتزم بما كان يلتزم به سلفه، ويتمتع بنفس حقوقه، وذلك دون إخلال بقاعدة لا تركة

---

(١) ولا يثير ذلك أية صعوبة إلا فيما يتعلق بتحديد من يصدق عليه وصف المتعاقد، انظر: د/ نبيل سعد: ص ٣٣٠، نقض مدني: ١٩٨٥/٣/٣١ – س ٣٦ – ص ٥٣٦.

لا بعد سداد الديون، وقواعد الميراث[١].

استثنــاءات :

أورد المشرع المصري ثلاثة استثناءات لا تنصرف فيها آثار العقد للخلف العام وهي [٢] :

١- إذا اتفق المتعاقدان على عدم انصراف آثار العقد إلى الخلـف العـام، بشرط ألا يكون هذا الاتفاق مخالفاً للنظام العام .

٢- إذا كانت طبيعة التعامل تقتضي عدم انصراف آثار العقد إلـى الخلـف العام، ومن أمثلة ذلك انقضاء التزام الطبيب والمحامي وغيرهمـا مـن أصحاب المهن الحرة ، بوفاة كل منهم . حيث أن شخصية المهني محل اعتبار في التعاقد، فلا يمكن إلزام ورثته بتنفيذ العقد، إلا أن الآثار التي تحققت فعلاً قبل موت المهني تنتقل إلى ورثته[٣].

---

(١) مادة / ١٤٥ مدني مصري.

(٢) نفس المادة .

- تجب التفرقة بين نسبية أثر العقد، وبين الاحتجاج المطلق بالعقد، حيث أن من الجائز التمسك بالعقد بما أنشأه من حقوق والتزامات بين طرفيه فـي مواجهة الغير، كما يمكن لهذا الغير أن يحتج بالعقد، انظر حول هذه المسألة بالتفصيل : د/ نبيل سعد: ص ٣٢٧ : ص ٣٢٩.

(٣) فإذا لم يكن الطبيب قد قبض أجره، انتقل الحق فيه إلى ورثتـه، د/ رمضـان أبـو السعود : ص ٢٥٠.

٣- إذا ورد نص في القانون يقضي بعدم انصراف آثار العقد إلى الخلف العام، كانقضاء الوكالة بموت الموكل أو الوكيل(١). وانقضاء عقد المزارعة بموت المستأجر(٢)، وانقضاء حق الانتفاع بموت المنتفع(٣).

ومع ذلك قد يعتبر الخلف العام في حكم الغير بالنسبة لتصرفات المورث المضافة إلى ما بعد موته، حيث لا تنفذ هذه التصرفات في حقه إلا في حدود ثلث التركة، كما أن تصرفات المريض في مرض الموت يفترض أنها على سبيل التبرع فتأخذ حكم الوصية وبالتالي لا تنفذ إلا في حدود ثلث التركة، وذلك ما لم يثبت العكس(٤).

الفرع الثاني

" مدى انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص "

الخلف الخاص هو من يتلقى عن سلفه ملكية شيء معين أو حق عيني آخر على الشيء، وكذلك كل من ينتقل إليه حق شخصي كان سلفه

---

(١) مادة / ٧١٤ مدني .

(٢) مادة / ٦٢٦ مدني، ولكنها لا تنتهي بموت المؤجر .

(٣) مادة ١/٩٩٣ مدني، على أنه إذا كانت الأرض مزروعة وقت موت المنتفع، يستمر ورثته في الانتفاع حتى نضوج الزرع، على أن يدفعوا أجرة الأرض عن هذه الفترة (مادة ٢/٩٩٣ مدني).

(٤) مادة ٣/٣٩٦ مدني ، ويجب ألا يستمر المرض لأكثر من سنة، بشرط أن تعقبه الوفاة مباشرة، حتى يعتبر مرضاً من أمراض الموت.

...ائناً به من قبل[1]. ومثاله المشتري حيث يعتبر خلفاً خاصاً للبائع، والمنتفع حيث يعد خلفاً خاصاً لمالك الرقبة.

وقد نصت المادة / ١٤٦ من القانون المدني على أنه : " إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص، فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كانت من مستلزماته، وكان الخلف الخاص عالماً بها وقت انتقال الشيء إليه "[2].

وهكذا فإن آثار العقد تنتقل إلى الخلف الخاص بالشروط الواردة في النص المذكور، وقبل ذكر هذه الشروط بالتفصيل، لابد من الإشارة إلى النقاط التالية :

---

(١) د/ رمضان أبو السعود : ص ٢٤٧.
- فالخلف الخاص إذن هو من يتلقى من سلفه حقاً كان قائماً في ذمة هذا السلف، سواء كان هذا الحق عينياً أو شخصياً، انظر : د/ الصدة : ص ٣٦٧.

(٢) وينتقد البعض التعبير عن موضوع الاستخلاف بالشيء، حيث أن الاستخلاف لا يكون إلا في الحقوق، والحقوق ليست أشياء وإنما هي أموال، انظر د/ جميل الشرقاوي: هامش ١ – ص ٣٧٠.

(١) مدى اعتبار المستأجر خلفاً خاصاً للمؤجر :

لا ينقل عقد الإيجار مالاً من ذمة المؤجر إلى ذمة المستأجر، بل هو ينشئ حقاً شخصياً للمستأجر، فهو دائن للمؤجر لا خلف له، ومن ثم لا يعد المستأجر خلفاً خاصاً للمؤجر .

أما إذا كان الحق الشخصي موجوداً من قبل في ذمة السلف ثم انتقل إلى شخص آخر، فإن هذا الأخير يعد خلفاً خاصاً لهذا السلف، ومن ثم فإن المتنازل له عن الإيجار يعتبر خلفاً خاصاً للمستأجر، إذ ينتقل إليه حق المستأجر قبل المؤجر، فهو يتلقى إذن مالاً كان قائماً في ذمة المستأجر من قبل[1].

(٢) مدى اعتبار من عاد إليه الحق نتيجة فسخ أو إبطال العقد، خلفاً خاصاً للطرف الثاني :

لا يعد من عادت إليه الملكية (أو الحق بصفة عامة) بسبب فسخ العقد أو إبطاله خلفاً خاصاً لمن كان له الحق بموجب هذا العقد، فلا يعتبر البائع مثلاً خلفاً خاصاً للمشتري في ملكية العين، وذلك في حالة فسخ هذا العقد أو إبطاله وعودة الملكية إلى البائع، ذلك لأن البائع لا يتلقى الملكية من المشتري، حيث أن مقتضى الأثر الرجعي للفسخ أو الإبطال أن المشتري

---

(١) د/ نبيل سعد : ص ٣٣٤.

لا يعتبر قد تملك المبيع أصلاً، أو بالأحرى كأن الملكية لم تنتقل إلى المشتري من قبل، وأنها لم تزل عن البائع قط[١].

(٣) مدى اعتبار الدائن خلفاً خاصاً للمدين :

لا يعتبر الدائن خلفاً عاماً للمدين، لأنه لا يخلف مدينه في جميع حقوقه أو في نسبة منها، كما لا يعد كذلك خلفاً خاصاً لمدينه، لأنه لا يتلقى حقاً كان قائماً في ذمة المدين، ولأن حقه لا يتعلق بمال معين من أموال المدين[٢].

ولكن الدائن يتأثر بلا شك بتصرفات مدينه التي قد تضر بالضمان العام للدائنين، ولهذا فقد منحه القانون عدة وسائل للمحافظة على هذا الضمان، أهمها الدعوى غير المباشرة، ودعوى عدم نفاذ التصرفات (الدعوى البوليصية)، ودعوى الصورية، وطلب شهر إعسار المدين، بل إن للدائن دعوى مباشرة ضد مدين المدين في حالات معينة، منها دعوى المؤجر على المستأجر من الباطن للمطالبة بما هو ثابت في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر[٣].

---

(١) د/ رمضان أبو السعود : ص ٢٥٣، د/ نبيل سعد : ص ٢٣٤.

(٢) د/ جميل الشرقاوي : ص ٣٧٣.

(٣) مادة / ٥٩٦ مدني .

شروط انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص :

اشترطت المادة / ١٤٦ من القانون المدني ثلاثة شروط لكي تنصرف آثار العقد إلى الخلف الخاص، وهي :

أولاً : أن يكون العقد الذي أبرمه السلف سابقاً في إبرامه على التصرف الذي انتقل به الحق إلى الخلف الخاص :

وهذا الشرط ورد النص عليه في نص المادة /١٤٦ بعبارة : " إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص ".

ومن ثم فإن العقود التي يبرمها السلف بشأن الشيء محل الاستخلاف الخاص، بعد انتقال الشيء إلى الخلف، يعتبر الخلف الخاص من الغير بالنسبة لها، فلا تسري آثارها في مواجهته.

ويقتضي هذا الشرط أن يكون عقد السلف ثابت التاريخ، وقد طبق المشرع ذلك بالنسبة لعقد الإيجار حيث قضت المادة ١/٦٠٤ من القانون المدني المصري على عدم سريان الإيجار في حق الخلف الخاص إلا إذا كان له تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الملكية.

فإذا لم يكن للتصرف تاريخ ثابت سابق على التصرف الذي نقل الحق إلى الخلف الخاص، فيجب على الأقل لسريانه في حق الخلف الخاص

أن يكون هذا الخلف عالماً به، وهنا نكون بصدد الشرط الثالث، حيث يقوم العلم مقام ثبوت التاريخ[1].

ثانياً : أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن عقد السلف من مستلزمات الشيء الذي انتقل إلى الخلف :

وقد وردت عبارة " إذا كانت من مستلزماته " في نص المادة / ١٤٦ للتعبير عن هذا الشرط .

وهذا الشرط مفهوم بداهة، وهو الذي يبرر أن ينصرف أثر العقد إلى شخص لا تربطه بالسلف صلة، إلا أنه خلف له في حق معين، ولا تثور مسألة الاستخلاف الخاص إلا فيما يخص هذا الحق ويتصل به[2].

---

(١) قارن : نقض مدني : ١٩٩٧/٥/٢٢ – مجموعة أحكام النقض – س ٤٨ – ص ٧٦٤. – وانظر : نقض مدني : ١٩٦٦/٢/١ – مجموعة أحكام النقض – س١٧ – ص ٢٢١، حيث جاء فيه أن : " مفاد نص المادة ١٤٦ من القانون المدني أنها إذ تقرر قاعدة عامة بشأن انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص اشترطت أن يكون انتقال ملكية الشيء إليه قد جاء بعد إبرام العقد الذي ينصرف أثره إلى الخلف وأن يكون الخلف الخاص عالماً بالعقد وقت انتقال الملكية إليه. وإذ لم تتطلب هذه المادة أن يكون العقد ثابت التاريخ فذلك لأن العلم من جانب الخلف الخاص يقوم مقام ثبوت التاريخ ويعد طريقاً من طرق إثبات تاريخ الورقة العرفية فتصبح الورقة حجة عليه من وقت علمه بوصفه خلفاً خاصاً" .

(٢) د/ جميل الشرقاوي : ص ٣٧٠.

ويذهب الفقه القانوني إلى أن الحق يعتبر من مستلزمات الشيء إذا كان مكملاً له، أما الالتزام فلا يعتبر كذلك إلا إذا كان محدداً للشيء، وذلك كما يلي :

(أ) الحقوق المكملة للشيء :

لكي يعد الحق كذلك، وبالتالي من مستلزمات الشيء، لابد من أن تتوافر فيه ثلاثة شروط هي :

١- أن يكون من شأنه حفظ الشيء أو تقويته أو درء الحظر عنه، ومن أمثلة ذلك عقد التأمين على المنزل ضد الحريق، حيث ينتقل حق المؤمن لدى شركة التأمين إلى مشتري المنزل، وكذلك حقوق الارتفاق الخاصة بالمرور أو المطلات حيث تنتقل مع العقار إلى المشتري، كما ينتقل حق الرهن أو الكفالة إلى الخلف الخاص عند انتقال الحق إليه من السلف[١].

وعلى العكس ، لا يعد من مستلزمات الشيء، حق السلف قبل مقاول اتفق معه قبل بيع الأرض الفضاء إلى الخلف على أن يبني له منزلاً فيها، أو حق السلف في حفظ سيارته المبيعة في مأوى سيارات (جراج) الناشئ له عن عقد إيجار الجراج، حيث لا ينتقل حق البائع في استئجار الجراج إلى المشتري، لأن مثل هذه الحقوق ليست مكملة للشيء ومن ثم

(١) د/ جميل الشرقاوي : ص ٣٧١.

ليست من مستلزماته[١]. وبصفة عامة لا تنتقل الحقوق التي روعي في تقريرها شخصية السلف إلى الخلف الخاص[٢].

٢- أن يكون الحق من الحقوق التي لا يستعملها إلا مالك الشيء.

٣- أن يكون الشيء وليس المالك هو محل الاعتبار في تقرير الحق، أي أن شخصية السلف ليست محل اعتبار في تقريره.

(ب) الالتزامات المحددة للشيء :

تعتبر الالتزامات من مستلزمات الشيء إذا كانت محددة له، وهي تكون كذلك إذا توافرت فيها ثلاثة شروط وهي [٣] :

١- أن تقيد أو تحد من سلطات المالك على الشيء.
٢- ألا يكون في استطاعة غير الملك تنفيذها عيناً .
٣- أن يكون الشيء وليس المالك هو محل الاعتبار في تقريرها.

وتطبيقاً لذلك يعتبر التزام رب العمل بغلق منشأته يوماً محدداً في الأسبوع من مستلزمات الشيء فينتقل إلى المشتري، وكذلك التزام مالك الأرض الفضاء بعدم تجاوز ارتفاع معين في البناء عليها، والتزام مالك

---

(١) د/ نبيل سعد : ص ٣٣٥، د/ الصدة : ص ٣٧٠.
(٢) راجع في ذلك : د/ السنهوري : ص ٤٤٨.
(٣) د/ نبيل سعد : ص ٣٣٦.

المبنى بعدم مباشرة نشاط معين في هذا المبنى، والتزام مالك العقار بعدم المطالبة بالشفعة إذا ما بيع العقار المجاور، والتزام المؤجر بتركيب مصعد للمستأجرين، حيث تنتقل هذه الالتزامات إلى المشتري عند بيع العقار[١].

أما إذا كانت الالتزامات المترتبة على عقود السلف، ليست من محددات حق الخلف، فإنها لا تنتقل إلى هذا الخلف، كالتزام مالك الأرض الفضاء تجاه المقاول للبناء على الأرض قبل بيعها، حيث لا ينتقل هذا الالتزام إلى المشتري[٢]. كما لا ينتقل إلى الخلف الخاص التزام السلف الذي روعي فيه شخص الأخير، كالتزام بائع العقار بدفع نفقة معينة إلى من وهب له العقار، حيث لا ينتقل هذا الالتزام إلى المشتري[٣].

<u>ثالثاً : يجب أن يكون الخلف الخاص عالماً وقت انتقال الحق إليه، بالحق أو الالتزام المترتب على عقد السلف :</u>

يشترط أن يكون الخلف الخاص عالماً وقت انتقال الشيء إليه بالعقد الذي أبرمه السلف وبما يولده من حقوق والتزامات .

---

(١) د/ جميل الشرقاوي : ص ٣٧٢.

(٢) د/ رمضان أبو السعود : ص ٢٥٥.

(٣) د/ رمضان أبو السعود : ص ٢٥٥ .

– وانظر : نقض مدني : ١٩٦٦/٢/١ – السابق.

والعبرة بالعلم اليقيني لا العلم المفترض أو استطاعة العلم، على الأقل بالنسبة للالتزامات فانتقال الحق الشخصي أو الالتزام من شخص إلى آخر لابد فيه من القبول من جانب من ينتقل إليه هذا الالتزام، أو العلم به على الأقل حتى يمكن افتراض قبوله له[١].

ويغني عن العلم التسجيل أو القيد بالنسبة إلى الحقوق العينية واجبة الشهر[٢].

أما بالنسبة لانتقال الحقوق إلى الخلف الخاص، فإن البعض يشترط العلم بهذه الحقوق من جانب الخلف حتى ولو تأخر هذا العلم، فلا يشترط أن يكون العلم قائماً وقت انتقال الحق من السلف إلى الخلف[٣]، والبعض الآخر لا يشترط العلم اليقيني بالنسبة للحقوق، حيث يجوز للخلف الخاص المطالبة بها حتى ولو لم يعلم بها علماً يقينياً، حيث تعتبر هذه الحقوق من مستلزمات وتوابع الشيء[٤].

---

(١) د/ رمضان أبو السعود : ص ٢٥٦.

- وكان المشروع التمهيدي يكتفي باستطاعة العلم، غير أن هذا الوضع قد حذف في لجنة المراجعة، راجع : مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ – ص ٢٧٧، ص ٢٧٨.

(٢) د/ السنهوري : ص ٤٥٠.

(٣) د/ حسام لطفي : ص ٦٥٠.

(٤) د/ رمضان أبو السعود : ص ٢٥٦.

والحقيقة أنه لا فارق بين الرأيين من الناحية العملية، ذلك لأن العلم المتأخر الذي يقول به الرأي الأول، يتحقق في الواقع وفقاً للرأي الثاني من مجرد مطالبة الخلف الخاص بالحقوق، لأن هذه المطالبة تفترض العلم بالضرورة كما ذهب إلى ذلك الرأي الأول[١].

ويذهب البعض على العكس إلى عدم اشتراط العلم مطلقاً بالنسبة للحقوق، لأنها تفيد الخلف ولا تضره كما هو الحال بالنسبة للالتزامات[٢].

والواقع أن شرط العلم قد ورد عاماً فيسري بالنسبة للحقوق والالتزامات ، غير أن فائدته تظهر فيما يتعلق بالالتزامات والتي تعد قيداً على الحق الذي انتقل إلى الخلف، فيجب أن يكون عالماً بها وقت انتقال الحق إليه حتى تسري في مواجهته، أما بالنسبة للحقوق فهي تمثل ميزة للخلف، فلا تبدو أهمية لاشتراط علمه بها، وإن كانت مجرد مطالبته بهذه الحقوق تفترض علمه بها بالضرورة.

وأخيراً يضيف البعض شرطاً رابعاً لانصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص يتمثل في وجوب أن يكون العقد الصادر من السلف قد أبرم بخصوص الشيء الذي انتقل إلى الخلف الخاص، والحقيقة أن هذا الشرط تقتضيه طبيعة الاستخلاف الخاص، ويغني عنه شرط أن يكون الحق أو الالتزام من مستلزمات الشيء.

---

(١) د/ حسام لطفي : ص ١٦٥.

(٢) د/ جميل الشرقاوي : ص ٣٧٣.

المطلب الثانـــي

" آثـــار العقد بالنسبـــة للغير "

يقتصر أثر العقد على المتعاقدين وخلفهما العام والخاص بالشـــروط والضوابط التي تقدم ذكرها، ولكن لا يجوز أن يرتب العقد التزاماً في ذمـــة الغير، وإنما يجوز أن يكتسب الغير حقاً من العقد، وقد نصـــت علـــى ذلـــك المادة/١٥٢ من القانون المدني المصري.

مفهـــوم الغير :

يعتبر غيراً كل من لم يكن طرفاً في العقد، ولا خلفاً عاماً ولا خلفـــاً خاصاً لأحدهما وفقاً للشروط والحدود السابقة. ومن أمثلة ذلك يعد المالـــك من الغير بالنسبة للتصرف الواقع على ملكه دون موافقة أو دون إنابة منه، كما يعد الدائن العادي من الغير، وكذلك باقي الورثة من الغير إذا انفرد أحد الورثة بإبرام صلح مع دائن المورث، حيث يعتبر باقي الورثة مـــن الغيـــر بالنسبة لهذا الصلح.

استثناءات :

يرد على القاعدة التي تقضى بعدم انصراف آثار العقد إلـــى الغيـــر بعض الاستثناءات منها ما هو قـــانوني ومنهـــا مـــا هـــو اتفـــاقي، فمـــن الاستثناءات القانونية أن عقود الإدارة تسري في حق الغير بشـــرط عـــدم الغش، وأن تكون من أعمال الإدارة المألوفة والحسنة، وكـــذلك الـــدعاوي

المباشرة كدعوى المؤجر على المستأجر من الباطن للمطالبة بما هو ثابت في ذمته للمستأجر الأصلي وقت أن ينذره المؤجر[١]، ودعوى العمال والمقاول من الباطن على رب العمل في حدود ما يكون مديناً به للمقاول الأصلي وقت رفع الدعوى[٢]، ودعوى المصاب في حادث سيارة أو ورثته على شركة التأمين للمطالبة بالتعويض[٣].

أما الاستثناءات الاتفاقية : فتشمل التعهد عن الغير، والاشتراط لمصلحة الغير، وسنتناول كل منهما فيما يلي :

الفرع الأول

" التعهد عن الغير "

سنعطي فكرة عامة عن هذا التعهد وأمثلته، ثم نوضح شروطه، وآثاره، كالتالي :

أولاً : المقصود بالتعهد عن الغير :

نصت المادة / ١٥٣ من القانون المدني على التعهد عن الغير، ومن هذا النص يتضح أن التعهد عن الغير " عقد يتعهد بمقتضاه شخص (المتعهد) في مواجهة آخر (المتعهد له) بأن يجعل الغير يلتزم بأمر معين".

---

(١) مادة / ٥٩٦ مدني.

(٢) م / ٦٦٢ / ١ مدني .

(٣) وفقاً للقانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥.

وينصب التعهد عن الغير على التزام المتعهد بالحصول على إقرار الغير لعقد أو لتصرف معين دون أن يكون المتعهد نائباً عن الغير أو مفوضاً منه في ذلك.

ومن أمثلة ذلك أن يتعهد الوكيل بالحصول على إقرار موكله للتصرف الذي أجراه الوكيل وتجاوز به حدود الوكالة اغتناماً لفرصة معينة[1]. أو أن يتعهد الشريك على الشيوع عن باقي الشركاء والحصول على موافقتهم خوفاً من ضياع فرصة رابحة للبيع.

ثانياً : شروط قيام التعهد عن الغير

يتضح من نص المادة / ١٥٣ من القانون المدني، أنه يلزم لتوافر التعهد عن الغير ثلاثة شروط، هي :

الشرط الأول : أن يتعاقد المتعهد باسمه هو لا باسم الغير :

يجب بداءة أن يتعاقد المتعهد باسمه هو لا باسم الغير، ومن ثم لا يعد الفضولي متعهداً لأنه يتعاقد باسم رب العمل ولمصلحته، كما أن الوكيل العادي لا يعد متعهداً لأنه يتعاقد باسم ولحساب الموكل. ذلك لأن المتعهد

---

(١) ويفترض ذلك أن الوكيل كان في مكنته إبلاغ الموكل بهذا التجاوز ومع ذلك لم يفعل، لأنه لو كان من المستحيل عليه إبلاغه وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا ليوافق على هذا التصرف، فإن التصرف يسري في حق الموكل خارج نطاق التعهد عن الغير، وفقاً لنص المادة ٢/٧٠٣ مدني.

عن الغير يتعاقد باسمه هو وينصرف إليه أثر العقد.

الشرط الثاني : أن يقصد المتعهد إلزام نفسه

كما يشترط ثانياً أن يكون المتعهد قد قصد إلـزام نفسـه لا إلـزام الغير، وإلا كان التعهد باطلاً ، لأنه لا يجوز أن يرتب العقد التزاماً في ذمـة الغير وفقاً لنص المادة / ١٥٢ من القانون المدني، فضلاً عن استحالة محل الالتزام.

الشرط الثالث : أن يكون محل التزام المتعهد حمل الغير على قبول التعهد :

يجب أخيراً أن ينطب التزام المتعهد على حمل الغير علـى قبـول التعهد، وهذا الالتزام من الالتزامات بتحقيق نتيجة، حيث لا يعد المتعهد قد نفذ التزامه إلا إذا جعل الغير يقبل التعهد فعلاً، إذ أن مجرد السـعي لحمـل الغير على قبول التعهد لا يكفي.

وإذا قبل الغير التعهد، فلا شأن للمتعهد بالتنفيذ.

ثالثاً : آثار التعهد عن الغير

ينصب التعهد عن الغير على حمل هذا الغير على قبـول التعهـد، ولكن إذا لم يقبل الغير التعهد فما هو الحكم ؟

نفرق بين فرضين بصدد آثار التعهد عن الغير، وهما :

الفرض الأول : قبول الغير للتعهد

إذا قبل الغير التعهد، فإن المتعهد يكون قد أوفى بالتزامه تجاه المتعهد له، ولا شأن للمتعهد بتنفيذ الغير لالتزامه، حيث لا يسأل عن هذا التنفيذ في مواجهة المتعهد له.

ويقوم عقد جديد بين المتعهد له والغير من لحظة القبول، ما لم يتبين أن الغير قد قصد صراحة أو ضمناً أن ينتج القبول أثر من وقت صدور التعهد[١]. مع ملاحظة أن هذا الأثر الرجعي للقبول يجب ألا يؤثر في حق الغير الذي كسب بحسن نية حقاً يتعارض مع حق المتعهد له. ويجب أن يتوافر لدى الغير الأهلية اللازمة للقبول.

والعقد الذي يقوم من لحظة القبول، يختلف عن عقد التعهد من حيث أطرافه ومن حيث موضوعه والالتزامات الناشئة عنه، فمن حيث الأطراف يقوم العقد الجديد بين الغير الذي قبل التعهد وبين المتعهد له، ومن حيث الالتزامات ينشئ العقد الجديد التزامات في ذمة الغير الذي قبل التعهد أهمها الالتزام بتنفيذ محل التعهد، كما ينشئ التزامات في ذمة المتعاقد الآخر (المتعهد له) أهمها الالتزام بدفع الثمن إذا كان العقد بيعاً على سبيل المثال.

---

(١) مادة ٢/١٥٣ مدني.

الفرض الثاني : رفض الغير للتعهد :

إذا رفض الغير التعهد فلا تثور أية مسئولية لهذا الغير في هذا الصدد، إذ الغير لا يجبر على قبول التزام ناشئ عن عقد لم يكن طرفاً فيه.

وإنما تثور مسئولية المتعهد في مواجهة المتعهد له، حيث يجب على المتعهد أن يعوض من تعاقد معه، ومع ذلك يجوز للمتعهد أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذي تعهد به إذا كان ذلك ممكناً[1].

الفرع الثاني

" الاشتراط لمصلحة الغير "

نصت المادة / ١٥٤ في فقرتها الأولى على أنه " يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على التزامات يشترطها لمصلحة الغير، إذا كان له في تنفيذ هذه الالتزامات مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية "، وقد تناول المشرع المصري أحكام الاشتراط لمصلحة الغير في المواد من ١٥٤ إلى ١٥٦ من القانون المدني .

وفي ضوء هذه النصوص نتناول الاشتراط لمصلحة الغير من حيث تعريفه، وشروط قيامه، وآثاره ، على النحو التالي :

---

(١) مادة ١/١٥٣ مدني.

أولاً : تعريف الاشتراط لمصلحة الغير :

الاشتراط لمصلحة الغير عقد يشترط فيه أحد الطرفين (المشترط) على الطرف الآخر (المتعهد) ، التزاماً لمصلحة شخص ثالث ليس طرفاً في العقد (المنتفع أو المستفيد)، بحيث ينشأ عن هذا العقد حق مباشر للمنتفع قبل المتعهد[١].

ومن أمثلته عقد التأمين على الحياة الذي يبرمه الزوج مع شركة التأمين لصالح زوجته أو أولاده، وعقد البيع الذي يشترط فيه البائع على المشتري أن يؤدي الثمن أو جزءاً منه إلى شخص ثالث.

ويلاحظ أن الاشتراط لمصلحة الغير يعد استثناءاً حقيقياً على مبدأ نسبية أثر العقد، حيث يستفيد شخص من عقد لم يكن طرفاً فيه، ويرى البعض أن هذا الاستثناء قد تحول إلى قاعدة عامة في القوانين الحديثة[٢].

ثانياً: شروط قيام الاشتراط لمصلحة الغير

يشترط لتحقق الاشتراط لمصلحة الغير ثلاثة شروط هي :

---

(١) د/ نبيل سعد : ص ٣٤٢.

(٢) نفس المرجع السابق.

الشرط الأول : أن يتعاقد المشترط باسمه لا باسم المنتفع :

يجب أن يتعاقد المشترط باسمه هو لا باسم المنتفع، وهذا ما يميز الاشتراط لمصلحة الغير عن النيابة، حيث أن النائب يتعاقد باسم الأصيل، وكذلك الفضولي الذي يتعاقد باسم رب العمل.

الشرط الثاني : أن تتجه إرادة المتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع :

يلزم أيضاً أن تنصرف الإرادة المشتركة للمتعاقدين إلى إنشاء حقاً شخصياً ومباشراً للمنتفع، وهذا الأمر قد يكون صريحاً كإبرام عقد تأمين على الحياة لصالح الزوجة، وقد يكون ضمنياً يستفاد من العقد ذاته ومثاله وجود اشتراط ضمني لمصلحة أقارب الراكب عند وفاته وذلك في عقد نقل الأشخاص، بصفتهم مستفيدين من اشتراط لمصلحتهم وليسوا ورثة[١].

فإذا لم تتجه الإرادة المشتركة للمتعاقدين إلى إنشاء حق مباشر للمنتفع، فلا نكون بصدد اشتراط لمصلحة الغير، مثال ذلك إذا كان الحق الناشئ عن العقد يتعلق بالمشترط نفسه حتى ولو كانت تعود منه فائدة على الغير، كعقد التأمين الذي يبرمه شخص ليؤمن بمقتضاه من مسئوليته عن الأضرار التي قد تصيب الغير بفعله[٢] . كما لا يعد اشتراطاً لمصلحة الغير

(١) د/ حسام لطفي : ص ١٧٤.

(٢) ولهذا أجاز المشرع للمضرور الحق في رفع دعوى مباشرة على شركة التأمين بموجب القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥.

ن ينشأ عن العقد حقاً غيراً مباشر للغير، كحوالة ثمن المبيع لدائن البائع. .ينصرف الحق الناشئ عن الاشتراط مباشرة إلى ذمة المنتفع دون حاجة .عقد جديد.

الشرط الثالث : أن تكون للمشترط مصلحة شخصية في الاشتراط للغير :

وأخيراً يجب أن تتوافر للمشترط مصلحة شخصية في الاشتراط للغير، فإذا لم تتوافر هذه المصلحة لا يقوم الاشتراط نفسه. والمصلحة قد تكون مادية وقد تكون أدبية، مع ملاحظة أن الفقه والقضاء يوسعان في مفهوم المصلحة الأدبية في الوقت الحاضر، إذ يكفي أن تكون للمشترط مصلحة في تنفيذ الاشتراط أيا كانت صورته[1].

واشتراط المصلحة هو الذي يميز الاشتراط عن الفضالة، حيث لا تكون للفضولي مصلحة في القيام بالعمل، وإنما يتم القيام به لمصلحة رب العمل.

ولكن هل يشترط أن يكون المنتفع موجوداً وقت الاشتراط ؟

يلاحظ أنه لا يشترط أن يكون المنتفع موجوداً وقت الاشتراط، وإنما يكفي أن يكون قابلاً للوجود، كما في التأمين على الحياة لمصلحة الجنين الذي لم يولد بعد وقت إبرام العقد، أو التأمين لمصلحة ما سيولد من أولاد

---

(١) د/ نبيل سعد : ص ٣٤٤.

في المستقبل، كما لا يشترط أن يكون المنتفع معيناً وقت الاشتراط، وإنما يكفي أن يكون قابلاً للتعيين كما في التأمين على الحياة لصالح الأولاد أو الورثة دون ذكر أسمائهم، وقد يحتفظ المشترط بحق تعيين المنتفع في المستقبل إما بالذات أو بالصفات المميزة لشخص المنتفع، ويكون لهذا التعيين أثر رجعي يستند إلى وقت إبرام العقد[١].

ولكن يشترط أن يكون المنتفع موجوداً أو معيناً وقت ترتيب عقد الاشتراط لآثاره، فإذا مات المؤمن على حياته لمصلحة أولاده، ولم يكن قد رزق بولد، أو كان المؤمن له (المشترط) قد احتفظ بحق تعيين المنتفع ومات قبل أن يستعمل هذا الحق، فإن الاشتراط يبطل أثره بداهة، ويدخل مبلغ التأمين في تركة المتوفي (المشترط)[٢].

هذا وقد نصت المادة / ١٥٦ من القانون المدني على أنه " يجوز في الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلاً أو جهة مستقبلة، كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة لم يعينا وقت العقد، متى كان تعيينهما مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشارطة ".

---

(١) د/ نبيل سعد : ص ٣٤٤.

(٢) د/ نبيل سعد : ص ٣٤٥.

ثالثاً : آثار الاشتراط لمصلحة الغير

إذا كان الاشتراط لمصلحة الغير ثنائياً من حيث تكوينه حيث ينعقد بين طرفين هما المشترط والمتعهد، إلا أنه ثلاثي من حيث آثاره حيث تنشأ عنه علاقات ثلاث، كالتالي :

(أ) علاقة المشترط بالمتعهد :

يحكم هذه العلاقة العقد المبرم بينهما، وهذه العلاقة تتميز بالآتي :

١- لا يعد المشترط دائناً بالأداء محل الاشتراط : حيث يكون الدائن بهذا الأداء هو المنتفع .

٢- حق المشترط في مراقبة تنفيذ الاشتراط : بما أن للمشترط مصلحة شخصية في تنفيذ التزام المتعهد نحو المنتفع، فإن للمشترط مراقبة تنفيذ المتعهد لهذا الالتزام. وبناءاً عليه يحق للمشترط مطالبة المتعهد بأن ينفذ التزامه نحو المنتفع تنفيذاً عينياً، كما أن له أن يطلب الحكم بإلزام المتعهد بتعويض المنتفع في حالة إخلال المتعهد بالتزامه نحو المنتفع، فضلا عن تعويض المشترط شخصياً عن الأضرار التي أصابته بسبب إخلال المتعهد بالتزامه[1].

---

(١) د/ رمضان أبو السعود : ص ٢٦٩.

ويحق للمشترط وفقاً للقواعد العامة أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ، فيمتنع عن تنفيذ ما تعهد به نحو المتعهد بمقتضى عقد الاشتراط، حتى يقوم المتعهد بتنفيذ التزامه نحو المنتفع، كما يحق للمشترط طلب فسخ العقد أو التمسك ببطلانه أو انقضائه.

ولكن لا يجوز للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع، إذا تبين من العقد أن المنتفع هو وحده الذي يجوز له ذلك[1].

(ب) علاقة المتعهد بالمنتفع :

يظهر في هذه العلاقة الأثر الجوهري للاشتراط، حيث ينشأ للمنتفع حق مباشر نحو المتعهد، ولا يتوقف نشوء هذا الحق على قبول المنتفع، غير أن هذا الحق يكون قابلاً للنقض من جانب المشترط حتى يظهر المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط، كالتالي :

(١) ينشأ للمنتفع حق مباشر نحو المتعهد :

ينشأ لصالح المنتفع حقاً مباشراً في ذمة المتعهد، وهذا الحق لا يتوقف نشوؤه على قبول المنتفع، وهذا الحق :

أ – مصدره عقد الاشتراط ذاته ، ومن ثم :

١ – ينشأ من وقت صدور الاشتراط، وبالتالي لا يؤثر فيه فقد المشترط أو المتعهد لأهليته بعد الاشتراط، أو وفاة أيهما في الفترة ما بين انعقاد الاشتراط وإظهار الرغبة .

---

(١) مادة ٣٥٤/ ٣ مدني .

٢- يتحدد هذا الحق وفقاً لبنود العقد الذي تضمن الاشتراط.

٣- يجوز للمتعهد التمسك في مواجهة المنتفع بكل الدفوع التي تنشأ عن عقد الاشتراط[١].

ب – ينشأ مباشرة من الاشتراط، وبالتالي :

١- لا يمر بذمة المشترط ولا يدخل في تركته، وليس لدائني المشترط ولا لورثته شأن بهذا الحق، حيث لا يدخل في الضمان العام لدائني المشترط ولا يعد جزءاً من تركته بعد وفاته.

٢- للمنتفع مطالبة المتعهد بتنفيذ التزامه، ما لم يتفق على خلاف ذلك[٢]، ولكن لا يجوز للمنتفع إذا ما أخل المتعهد بالتزامه نحوه، أن يطلب الحكم بفسخ العقد المتضمن للاشتراط، لأنه ليس طرفاً فيه، وإنما يكون للمشترط وحده المطالبة بفسخ هذا العقد[٣].

٣- يجوز لدائني المتعهد مشاركة المنتفع فيما اشترط لصالحه وفقاً لما لهم من حق الضمان العام .

---

(١) مادة ٢/١٥٤ مدني.

(٢) مادة ٢/١٥٤ مدني.

(٣) د/ نبيل سعد : ص ٣٤٦.

(٢) قابلية حق المنتفع للنقض من جانب المشترط حتى إظهار المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط :

يحق للمشترط أن ينقض المشارطة حتى يظهر المنتفع رغبته في الاستفادة من الاشتراط، ما لم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد[١].

وهذا الحق متصل بشخص المشترط فلا يجوز لدائنيه استعماله نيابة عنه عن طريق الدعوى غير المباشرة، ولا ينتقل هذا الحق إلى ورثته بعد وفاته[٢].

ويكون استعمال المشترط لحقه في نقض المشارطة بوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة، وقد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً[٣].

ويترتب على نقض المشارطة زوال حق المنتفع بأثر رجعي وكأنه لم يكن. ويسقط حق المشترط في نقض المشارطة بإبداء المنتفع رغبته في الاستفادة من عقد الاشتراط، وهذا لا يعد قبولاً لإيجاب ينعقد به عقد جديد وإنما هو تثبيت لحق المنتفع الذي اكتسبه مباشرة من الاشتراط، مما يجعله غير قابل للنقض من جانب المشترط[٤].

---

(١) مادة ١/١٥٥ مدني .

(٢) مادة ١/١٥٥ مدني.

(٣) ويجب إعلان نقض المشارطة إلى المتعهد حتى يمتنع عن الوفاء للمنتفع.

(٤) د/ نبيل سعد : ص ٣٤٨.

ويتم إبداء الرغبة في الاستفادة من الاشتراط صراحة أو ضمناً، ولا يشترط فيه شكل خاص، ويكفي أن يتم إعلان الرغبة إلى المشترط أو المتعهد ، فلا يشترط إعلانها إليهما معاً. ويحق للمنتفع رفض الاشتراط، ويزول بالتالي حق المنتفع بأثر رجعي وكأنه لم يكن، ويؤول الحق إلى المشترط أو ورثته من وقت الاشتراط وليس من وقت الرفض.

(ج) علاقة المشترط بالمنتفع :

تتحدد طبيعة هذه العلاقة بالدافع إلى الاشتراط، فقد يكون التبرع للمنتفع، فيعد الاشتراط هبة غير مباشرة ولا تخضع للشكل الرسمي، وإن كان يشترط لها توافر الأهلية وكافة القواعد الموضوعية اللازمة لصحة الهبة.

وقد يكون الباعث على الاشتراط علاقة معاوضة بين المشترط والمنتفع، وتتحدد العلاقة على هذا الأساس، فقد يقصد من الاشتراط وفاء دين سابق في ذمة المشترط، وقد يقصد منه تعويض المنتفع عما أوقعه المشترط به من أضرار .

وللمشترط الحق في نقض المشارطة في مواجهة المتعهد على النحو السابق .

كما أن للمشترط إحلال منتفع آخر محل المنتفع الأول، وله أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة[1].

---

(١) مادة ٢/١٥٥ مدني .

الفصل الرابع

" انحــلال (زوال) العقــد "

العقد ليس مؤيداً، وإنما يزول لأسباب معينة، والأصل أن العقــد لا ينقضي، وإنما الالتزامات الناشئة عنه هي التي تنقضي بالوفــاء أو بغيــر الوفاء.

وينقضي العقد بطريق طبيعي عن طريق تمــام تنفيــذ الالتزامــات الناشئة عنه، ومع ذلك يبقى العقد سنداً لما رتبه من آثار، وتنتهي عقــود المدة أو العقود الزمنية بانتهاء المدة المحددة في العقد، أو بالانهاء بالإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين بشروط معينة.

غير أن العقد يزول أو ينحل قبل أن يتم تنفيذ الالتزامــات الناشــئة عنه، وهذا الزوال أو الانحلال له عدة صور، إذ يمكن أن يــتم ذلــك عــن طريق الإقالة أو التقايل (أو التفاسخ)، أي زوال العقد بتراضي طرفيه عن طريق عقد جديد ينتج آثاره من وقت حدوثه بالنسبة للمستقبل ما لم يتفــق على خلاف ذلك، ودون إخلال بحقوق الغير أو قواعد الشهر. وهذه الإقالــة قد تتم صراحة أو ضمناً، وقد نظمها الفقه الإسلامي تنظيمــاً دقيقــاً، وبــه أخذت بعض التشريعات العربية كالتشريع المدني الكــويتي[1]. ولــم يــنظم المشرع المصري أحكام الإقالة، غير أن الفقه يتفق على أن أحكامها تسري

---

(١) انظر المادتين ٢١٧، ٢١٨ مدني كويتي. وراجع حول الإقالة في الفقه الإســلامي، د/ لاشين محمد يونس الغياتي : إقالة العقد في الفقه الإسلامي والقانون المدني – الطبعة الأولى – القاهرة – ١٩٨٥.

في ضوء القواعد العامة[1].

كما يمكن أن يتم إنهاء العقد أو إلغائه بالنسبة للمستقبل فقط عن طريق الإرادة المنفردة لأحد المتعاقدين[2]، أو الرجوع في التعاقد بإرادة أحد المتعاقدين فقط، كالرجوع في الهبة[3]. ويختلف الإلغاء عن الرجوع في أن الإلغاء لا يسري إلا بالنسبة للمستقبل، أما الرجوع فيتم بأثر رجعي[4].

كما تزول الرابطة العقدية عن طريق الانفساخ أي زوال العقد وآثاره في الماضي والمستقبل بقوة القانون لاستحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه بسبب أجنبي لا يد للمدين فيه، ومن ثم لا يكون هناك محلاً للتعويض. وقد نصت المادة /١٥٩ من القانون المدني على أنه : " في

(١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : ص ٦٦٢.

(٢) راجع حول إلغاء العقد د/ ياسر الصيرفي : إلغاء التصرف القانوني – دار النهضة العربية – القاهرة – بدون سنة نشر.

(٣) راجع حول الرجوع في الهبة مؤلفنا : أحكام الرجوع القضائي في الهبة – دار النهضة العربية – القاهرة – ٢٠٠٠/٢٠٠١م.

(٤) د/ ياسر الصيرفي : ص ٢٦٨. غير أن الفقه الإسلامي لا يميز بين الإلغاء والرجوع، انظر في ذلك : د/ إسماعيل عبد النبي شاهين : انقضاء العقد بالإلغاء وبالرجوع في القانون المدني – دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي – رسالة دكتوراه – كلية الشريعة والقانون – جامعة الأزهر – ١٩٨٢ – ص ١١٣ وما بعدها.
– وهناك في الفقه القانوني من لا يميز بين الإلغاء والرجوع، انظر في ذلك : د/ إسماعيل شاهين : الرسالة المذكورة – ص ١٢٣.

العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه، انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه".

وقد تزول الرابطة العقدية عن طريق الفسخ، أي زوال العقد بجميع آثاره في الماضي والمستقبل – في غير العقود الزمنية – مع التعويض إن كان له محل.

وسنتناول نظام الفسخ ، ثم نتبع ذلك بالحديث عن فكرة الدفع بعدم التنفيذ، وذلك فيما يلي :

المبحث الأول

" فسخ العقد "

يرد الفسخ على العقود الملزمة للجانبين، وهو جزاء يترتب على إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه التعاقدي، وسنبدأ بإعطاء فكرة عامة عن الفسخ، ثم شروطه، وأنواعه، وآثاره، كما يلي [1] :

---

(١) راجع حول نظام الفسخ في الشريعة والقانون د/ أسامة محمد العبد : الأحكام العامة في فسخ العقود في الفقه الإسلامي والقانون المدني المصري والكويتي – مجلة المحامي – الكويت – س ٢٣ – أبريل ١٩٩٩ – ص ٢٣٣ وما بعدها.

– يذكر أن الفقه الإسلامي لا يعرف نظرية عامة للفسخ، ولكن أعطى البائع خيار النقض كشرط لفسخ البيع إذا لم يأخذ الثمن.

المطلب الأول

" فكرة عامة حول الفسخ "

ظهر نظام الفسخ في القانون الكنسي رغبة في تأكيد مبدأ الوفاء بالوعد، ومسئولية من لا يحترم وعده في العقود التي ترتب التزامات متقابلة، ثم انتقل هذا النظام إلى القانون الفرنسي القديم، ومنه إلى القانون الفرنسي الحالي، ثم إلى القانون المدني المصري[١].

وقد حار الفقه في تأسيس نظام الفسخ، فذهب رأي إلى أن هذا النظام يتأسس على فكرة الشرط الفاسخ الضمني والتي توجد في كل العقود وبمقتضاها يكون العقد مفسوخاً إذا أخل أحد المتعاقدين بالتزامه، غير أن هذه الفكرة قد انتقدت على أساس أن الفسخ لا يتقرر بقوة القانون وإنما لا بد له من حكم قضائي بناء على طلب المتعاقد أو اتفاق المتعاقدين على الفسخ[٢].

وذهب البعض الآخر إلى تأسيس فكرة الفسخ على أساس قواعد العدل وحسن النية التي قام عليها القانون الكنسي[٣]، غير أن البعض قد ذهب – بحق – إلى أن الفسخ يتأسس على فكرة الارتباط بين الالتزامات

(١) د/ الصدة : ص ٣٩٧.

(٢) د/ السنهوري : ص ٥٧٠.

(٣) د/ حسام لطفي : ص ٢٢٠ . وذهب البعض إلى تأسيس الفسخ على فكرة السبب، غير أن ذلك كان محلاً للنقد.

المتقابلة في العقود الملزمة للجانبين[١].

ويقوم الفسخ على أساس أن أحد المتعاقدين قد أخل بالتزامه الناشئ عن العقد، مما يعطي للمتعاقد الآخر الحق في طلب فسخ العقد، وحل الرابطة العقدية.

المطلب الثاني

"شـروط الفسـخ"

يشترط لفسخ العقد عدة شروط، وهذه الشروط تسري سواء أكان الفسخ قضائياً أو إتفاقياً، وهي :

الشرط الأول : أن يكون العقد ملزماً للجانبين

يفترض الفسخ أن العقد من العقود الملزمة للجانبين، كعقد البيع، وعقد الإيجار، أما العقود الملزمة لجانب واحد فلا يمكن الحديث فيها عن الفسخ، وقد اشترط المشرع أن يكون العقد ملزماً للجانبين[٢]، ذلك لأن هذه العقود يوجد فيها ترابط بين الالتزامات، فالعدالة تقضي بعدم التزام شخص بعقد لم ينفذه الطرف الآخر[٣].

---

(١) د/ السنهوري : ص ٥٧٠.
(٢) مادة / ١٥٧ مدني مصري.
(٣) د/ نبيل سعد : ص ٣٠٩.

أما في العقود الملزمة لجانب واحد، فلا يكون أمام الطرف الآخر إلا أن يطالب بتنفيذ العقد تنفيذا عينياً أو بمقابل.

الشرط الثاني : إخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه

يجب لإمكانية طلب الفسخ أن يكون أحد المتعاقدين قد أخل بتنفيذ التزامه التعاقدي، يستوي في ذلك ألا يكون قد نفذ التزامه كلية أو بصفة جزئية، أو نفذه تنفيذاً معيباً، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ذلك.

ويشترط أن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى خطأ المتعاقد، فإذا كان يرجع إلى سبب أجنبي، ينقضي الالتزام، وينقضي معه الالتزام المقابل ونكون بصدد انفساخ للعقد بقوة القانون، كما أنه لا محل للفسخ إذا كان عدم التنفيذ يرجع إلى خطأ المتعاقد الآخر (طالب الفسخ).

الشرط الثالث : ألا يكون طالب الفسخ مقصراً :

يشترط أيضاً ألا يكون طالب الفسخ مقصراً أي ألا يكون مخلاً بتنفيذ التزامه، فإذا لم يكن طالب الفسخ قد نفذ التزامه، فيجب على الأقل أن يبدي استعداده لتنفيذه، إذا ما قام الطرف الآخر بتنفيذ التزامه .

الشرط الرابع : أن يتم إعذار المدين

اشترط المشرع ضرورة قيام الدائن (طالب الفسخ) بإعذار المدين[١]، ويرى البعض أن الإعذار ليس شرطاً من شروط الفسخ، ولكنه

---

(١) انظر المادة ١/١٥٧ مدني.

إجراء لازم لتنبيه المدين حتى يتسنى للدائن مباشرة حقه في طلب الفسخ[1].

غير أننا نرى أن طلب الفسخ لا يقبل إلا إذا سبقه الإعذار، ومن ثم فإن الإعذار شرطاً إجرائياً لقبول طلب الفسخ. والإعذار يتم بإنذار المدين أو بما يقوم مقام الإنذار كخطاب مسجل موصي عليه مصحوب بعلم الوصول.

ولكن يستثني من ذلك الحالات التي لا يشترط فيها الإعذار وفقاً لنص المادة / ٢٢٠ من القانون المدني[2]، وكذلك إذا تم الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تنبيه أو حكم قضائي وهي حالة الشرط الفاسخ الصريح.

ولكن هل يشترط أن يكون من الممكن إعادة الحال إلى ما كانت عليه ؟

ذهب رأي إلى اشتراط أن يكون طالب الفسخ قادراً على إعادة الحال إلى ما كانت عليه، ذلك لأن الفسخ يقتضي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فإذا كان طالب الفسخ قد تسلم شيئاً وأصبح عاجزاً

---

(١) د/ نبيل سعد : ص ٣١١.

(٢) وهي : أ – إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين، ب – إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع،. ج- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين أنه مسروق أو شيء تسلمه دون حق وهو عالم بذلك، د – إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه.

عن رده، فلا يجوز له طلب الفسخ[١].

غير أن الرأي الراجح في الفقه المصري لا يشترط هـذا الشـرط، حيث يرى غالبية الفقهاء أنه يجوز طلب الفسخ حتى ولو لم يكـن طالـب الفسخ قادراً على إعادة الحال إلى ما كانت عليه، ذلك لأن النص لم يشترط هذا الشرط، فضلاً عن أن الحكم بالتعويض يحل محل إعادة الشـيء إلـى أصله بالنسبة للمدعي عليه في دعوى الفسخ[٢].

المطلب الثالث

" أنـواع الفسـخ "

ينقسم الفسخ من حيث كيفية وقوعه إلـى فسـخ اتفـاقي وفسـخ قضائي، وقد يقع الفسخ بحكم القانون ويسمى انفساخ، وقد أشرنا إلى ذلك فيما سبق، وتختلف سلطة القاضي في الحكم بالفسخ في الحالتين.

وسنعطي فكرة موجزة عن كل مـن الفسـخ الاتفـاقي، والفسـخ القضائي فيما يلي :

---

(١) د/ السنهوري : ص ٥٧٥ ، ص ٥٧٦، د/ عبد الباقي : ص ٦٢٤.

(٢) د/ الأهواني : ص ٢٨٨، ص ٢٨٩ ويشير سيادته إلى أن الفقه قد استقر على ذلك بالنسبة للبطلان، حيث أن استحالة الرد لا تحول دون طلب البطلان كما استقر على ذلك الفقه والقضاء الفرنسي.

الفرع الأول

الفســـخ الاتفاقـــي

" الشرط الفاسخ الصريح "

إن نظام الفسخ لا يتعلق بالنظام العام، ولـــذلك يجـــوز للمتعاقـــدين الاتفاق على الفسخ عن طريق ما يسمى بالإقالة أو التقايل وفقاً لما ذكرناه، كما يجوز لهما الاتفاق مقدماً على وقوع الفسخ وذلك بتضمين العقد شرطاً بمقتضاه يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند الإخلال بالالتزام، وهـــذا الشرط يطلق عليه في العمل " الشرط الفاسخ الصريح ".

ويتخذ هذا الشرط في الواقع العملي أربعة صور، وتختلف ســـلطة القاضي بحسب صورة الشرط، وذلك كما يلي [1] :

الصورة الأولى : اعتبار العقد مفسوخاً عند الإخلال بالالتزام :

قد يتفق المتعاقدان بموجب الشرط على أن يعتبر العقد مفسوخاً عند الإخلال بالالتزام، وهذه الصيغة في الواقع لا تضيف شـــيئاً جديـــداً، وإنمـــا تطبق بشأنها القواعد العامة في الفسخ القضائي، حيث يجب علـــى الـــدائن القيام بإعذار المدين قبل طلب الفسخ، ويجب اللجوء إلى القضـــاء لطلـــب الحكم بالفسخ، كما أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية فـــي الحكم بالفسخ أو

---

(١) راجع حول هذا الأمر بالتفصيل د/ محمد حسين منصور : دور القاضي إزاء الشرط الصريح الفاسخ – منشأة المعارف بالأسكندرية – ١٩٩٣.

عدم الحكم به، والمدين توقي الحكم بالفسخ عن طريق المبادرة بالتنفيذ، وحكم القاضي بالفسخ يكون منشئاً له وليس مقرراً(١).

الصورة الثانية : اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه عند الإخلال بالالتزام :

في هذه الصورة يلتزم القاضي بالحكم بالفسخ، وحكمه هنا مقرر للفسخ وليس منشئاً له، ولا يملك القاضي الحكم بالتنفيذ العيني أو منح المدين مهلة للوفاء بالالتزام، ولا يستطيع المدين توقي الفسخ عن طريق التنفيذ، ولكن لا بد من اللجوء للقضاء ، وإعذار المدين قبل طلب تطبيق الشرط الفاسخ الصريح(٢).

الصورة الثالثة : اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم (أو الالتجاء إلى القضاء) :

وفي هذه الصورة لا يلتزم الدائن برفع دعوى الفسخ، وإذا لجأ إلى القضاء يلتزم القاضي بالحكم بالفسخ إعمالاً للشرط الفاسخ الصريح، وحكمه هنا يكون كاشفاً عن الفسخ الذي وقع بمجرد الإخلال بالالتزام، ومع ذلك يجب على الدائن إعذار المدين قبل التمسك بإعمال الشرط الفاسخ الصريح، ويجوز للدائن طلب التنفيذ بدلاً من الفسخ(٣).

---

(١) د/ جميل الشرقاوي : ص ٤٤٢.

(٢) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٤٢١.

(٣) د/ رمضان أبو السعود : ص ٢٩٧.

الصورة الرابعة : إعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو تنبيه (أو إعذار) :

وهذه الصورة تمثل أقصى صيغة للشرط الفاسخ الصريح، وهي صورة وسط بين الفسخ القضائي والانفساخ بقوة القانون، ووفقاً لهذه الصورة يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إعذار المدين أو رفع دعوى أمام القضاء .

ولكن يجب أن يكون الاتفاق على الإعفاء من الاعذار صريحاً عملاً بنص المادة /١٥٨ من القانون المدني .

ويذهب الفقه إلى أن هذا الشرط لا يحرم الدائن من التمسك بالتنفيذ العيني دون الفسخ وذلك حتى لا يكون تحت رحمة المدين، إن شاء هذا الأخير جعل العقد مفسوخاً بامتناعه عن التنفيذ، وإن شاء نفذ التزامه فيمتنع تطبيق الشرط الفاسخ الصريح(١).

والضرورة العملية تجعل الدائن يلجأ إلى القضاء لإعمال الشرط الفاسخ الصريح، وذلك لكي يحصل الدائن على سند تنفيذي يلزم المدين بالتنفيذ أو الفسخ مع ما يترتب على ذلك من آثار، ورغم أن حكم القاضي مقرر للفسخ، إلا أن القاضي يراقب انطباق الشرط على عبارة العقد ويتأكد

---

(١) د/ الصدة : ص ٤٠٤.

د) عدم تنازل الدائن عنه بطريقة قاطعة لا تثير الشك[١].

وتبدو أهمية الصورتين الثالثة والرابعة في حالة إفلاس المدين بعد حلول أجل الدين، حيث يترتب على الفسخ استرداد الدائن ما سلمه للمدين، فلا يدخل في تفليسة المدين[٢].

الفرع الثاني

الفسخ القضائـــي

قد يقع الفسخ بحكم القاضي وهو الغالب عملاً، حيث يكـــون حكـــم القاضي منشئاً للفسخ وليس مقرراً له، وهذا الفسخ لابد فيه مـــن إعـــذار المدين قبل طلب الفسخ إلا في الحالات المستثناة التي ورد النص عليها في المادة / ٢٢٠ من القانون المدني سالفة الذكر.

ويتمتع القاضي بسلطة تقديرية في الحكم بالفسخ أو عدم الحكم به رغم توافر الشروط، فلا يحكم به مثلاً إذا كان ما لم يوف به المدين قليـــل

---

(١) د/ الأهواني : ص ٢٩٦، نقض مدني : ١٩٧٨/٤/١٩ – مجموعة أحكام النقض – س ٢٩ – رقم ٢٠٣ – ص ١٠٢٨.

– وقد قيد المشرع الكويتي إعمال الشرط الفاسخ الصريح بقيدين همـــا : ١– أن يتضح بجلاء أن إرادة المتعاقدين كليهما قد انصرفت إليه صراحة وعلـــى بينـــة من حقيقة أثره. ٢– أن يسبق إعماله الإعذار ولو اتفق على الإعفاء منه، وذلـــك فيما عدا المواد التجارية. (مادة / ٢١٠ مدني كويتي).

(٢) د/ حسام لطفي : ص ٢٣٠.

الأهمية بالنسبة إلى الالتزام في جملته، كما يجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك[١]، ولحسن أو سوء نية المدين أثر كبير في هذا الصدد.

ويجوز للدائن أن يطلب التنفيذ العيني بدلاً من الفسخ، كما يجوز له أن يطلب الفسخ، فضلاً عن طلب التعويض في الحالتين إن كان له محل[٢].

كما يجوز للمدين توقي الفسخ عن طريق تنفيذ الالتزام أو استعداده لتنفيذه.

<u>تقادم دعوى الفسخ :</u>

تتقادم دعوى الفسخ بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ ثبوت الحق في الفسخ، ويكون ذلك عادة من تاريخ الإعذار مع افتراض توافر باقي شروط الفسخ[٣].

---

(١) مادة ٢/١٥٧ مدني .

– ويشترط لمنح هذا الأجل أو نظرة الميسرة، أن يطلب المدين ذلك، وألا يترتب على ذلك ضرر للدائن، وأن تقتضي ظروف المدين منحه هذا الأجل، وأن يكون المدين حسن النية .

(٢) مادة ١/١٥٧ مدني .

(٣) د/ السنهوري : ص ٥٨٢.

المطلب الرابع

" آثـــار الفســـخ "

إذا وقع الفسخ باتفاق الطرفين أو بحكم القاضي، فإن هناك بعـــض الآثار التي تترتب على ذلك ، ونفرق في هذا الخصوص بين أثر الفسخ فيما بين المتعاقدين، وأثره بالنسبة للغير، كالتالي :

الفرع الأول

" أثـــر الفسخ فيما بين المتعاقديـــن "

نصت المادة / ١٦٠ من القانون المدني على أنه : " إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض ".

ومن ثم، إذا تم الفسخ يعتبر وكأن العقد لم يكن، فيرد كل طرف ما حصل عليه من الطرف الآخر، فإذا كان العقد بيعاً وجب على المشـــتري رد الشيء المبيع إلى البائع، ووجب على البائع رد الثمن إلى المشـــتري، وإذا كان المشتري قد بني أو غرس في الأرض محل البيع طبقت القواعد العامة في هذا الصدد ووفقاً لسوء أو حسن نية المشتري.

وفي العقود المركبة أو مجموعة العقود إذا تم فسخ العقد الأصلي، امتد الفسخ ليشمل باقي العقود الأخرى المرتبطة بالعقد الأصـــلي برابطـــة

لا تقبل الانقسام ووفقاً للإتفاق[1].

وإذا كان للفسخ أثر رجعي في العقود الفورية، فإن هـذا الأثـر لا يسري بالنسبة للعقود الزمنية، حيث لا يكـون للفسـخ أثـر إلا بالنسـبة للمستقبل فقط، ومن أمثلة ذلك عقد الإيجار، حيث لا يترتب علـى فسـخه سوى آثار مستقبلية، لأن ما مضى من الزمن لن يعـود، ولا يتصـور رد المنفعة التي حصل عليها المستأجر[2].

وإذا استحال إعادة الحال إلى ما كانت عليـه قبـل التعاقـد، جـاز للقاضي الحكم بالتعويض، ويلاحظ أن هذا التعويض يحل محل الشيء الذي تعذر رده، كما يلاحظ أنه يجوز للقاضي الحكم بتعويض كامـل، حيـث أن المشرع لم يقيده بالحكم بتعويض عادل أو معادل كما في حالة البطلان.

ويجوز للدائن إذا قضى له بالفسخ أن يرجع على المدين بالتعويض إذا كان الفسخ قد تم بسبب خطأ المدين، ويكون التعويض هنا علـى أساس

---

(١) د/ حسام لطفي : ص ٢٣١.

(٢) عكس ذلك أستاذنا الدكتور محمود جمال الدين زكي : ص ٤٦٢، ص ٤٦٣، حيـث يرى سيادته إعمال الأثر الرجعي للفسخ في العقود المستمرة مثلها في ذلـك مثـل العقود الفورية، كل ما هنالك أنه يحكم بالتعويض لاستحالة الرد في العقود الزمنية، كما يحكم به أيضاً إذا كانت هناك استحالة تمنع الرد في العقود الفورية.

– وهذا النظر رغم أنه يخالف ما درج عليه جمهور الفقه المصـري، إلا أنـه جدير بالتأمل .

المسئولية التقصيرية ووفقاً لأحكامها[١].

الفرع الثاني
" أثر الفسخ بالنسبة للغير "

الأصل أن أثر الفسخ يسري في مواجهة الغير، فتسقط الحقوق التي يكون قد تلقاها من أحد طرفي العقد، مع مراعاة الاستثناءات التي قررها القانون حماية للغير حسن النية .

وتطبيقاً لذلك تعود العين المبيعة إلى البائع خالية من التصرفات والحقوق التي رتبها المشتري عليها في الفترة ما بين البيع والحكم بالفسخ، ولكن يشترط لذلك تسجيل دعوى الفسخ[٢]، إذا تعلقت بمحرر واجب الشهر ولم يكن قد أشهر، أما إذا كان قد أشهر، فيجب التأشير بدعوى الفسخ في هامش سجل المحرر واجب الشهر[٣].

وإذا لم يتم تسجيل دعوى الفسخ أو التأشير بها على النحو السابق، فلا يجوز الاحتجاج ضد الغير بأثر الفسخ إذا كان هذا الغير قد كسب حقه بحسن نية قبل أن يتم التسجيل أو التأشير المشار إليهما، أما إذا كان الغير قد كسب حقه بعد التسجيل أو التأشير المذكورين، فإن حقه يزول بفسخ

---

(١) د/ السنهوري : ص ٥٨٥.

(٢) مادة / ١٥ من قانون الشهر العقاري المصري.

(٣) مادة / ١٥ من قانون الشهر العقاري المصري

العقد سواء أكان الغير حسن النية أو سيء النية[١].

واستثناءاً من ذلك أورد المشرع نصاً خاصاً لمصلحة الدائن المرتهن رسمياً، حيث نصت المادة/ ١٠٣٤ من القانون المدني على أن " يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو الغاؤه أو زواله لأي سبب، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن ".

المبحث الثاني

" الدفع بعدم التنفيذ "

وضع المشرع بيد الدائن وسيلة دفاعية للضغط على إرادة المدين لحمله على تنفيذ التزامه، ويتمثل ذلك في فكرة الدفع بعدم التنفيذ.

ويعتبر الدفع بعدم التنفيذ تطبيقاً من تطبيقات الحق في الحبس في العقود الملزمة للجانبين. وتقيم بعض التشريعات كالتشريع الألماني، والسويسري، نظرية عامة للدفع بعدم التنفيذ وكذلك فعل المشرع المصري، ولم يكن القانون الروماني يعرف سوى الدفع بالغش في مجال العقود القائمة على حسن النية[٢].

---

(١) مادة / ١٧ من قانون الشهر العقاري المصري .

(٢) د/ السنهوري : ص ٦٠١، ولم يضع القانون الفرنسي الحالي نصاً عاماً يقرر به الدفع بعدم التنفيذ، بل اقتصر على تطبيقات متفرقة للمبدأ.

والدفع بعدم التنفيذ امتناع مؤقت ومشروع عن التنفيذ لإجبار المتعاقد الآخر على تنفيذ التزامه المقابل في العقود الملزمة للجانبين.

وسنوضح شروط الدفع بعدم التنفيذ ، وأثره ، وذلك فيما يلي :

المطلب الأول

" شروط الدفع بعدم التنفيذ "

يشترط لتوافر الدفع بعدم التنفيذ، ما يلي :

الشرط الأول : أن يكون العقد ملزماً للجانبين

حيث أن الدفع ينصب على الالتزام المقابل لالتزام المدين، ولا يتحقق ذلك بطبيعة الحال إلا في العقود الملزمة للجانبين كعقد البيع، أما إذا كان العقد من العقود الملزمة لجانب واحد، أو تعلق الأمر بالمجال غير التعاقدي فإن الدفع لا يسري[1]، وإنما يمكن إثارة الحق في الحبس في مثل هذه الحالات. وقد نصت المادة / ١٦١ من القانون المدني على هذا الشرط.

الشرط الثاني : أن يتعلق الدفع بالتزامات متقابلة في عقد قائم :

يشترط أن ينصب الدفع على التزامات متقابلة ناشئة من عقد قائم، فإذا تعلق الأمر بالتزامات غير متقابلة، أو التزامات متقابلة ناشئة عن عقد

---

(١) د/ نبيل سعد : ص ٣٢٣.

أبطل أو فسخ، فلا يطبق الدفع بعدم التنفيذ وإنما الحق في الحبس[١]. ويفهم هذا الشرط من نص المادة / ١٦١ من القانون المدني .

الشرط الثالث : أن يكون الالتزام المقابل حال الأداء

يجب أن يكون الالتزام المقابل حال الأداء، فلو كان التزاماً مضاف إلى أجل لا يتوافر الدفع، مع ملاحظة أن نظرة الميسرة لا تحول دون التمسك بالدفع بعدم التنفيذ[٢]. وقد نص المشرع على هذا الشرط في المادة/ ١٦١ من القانون المدني .

الشرط الرابع : ألا يكون المتعاقد الذي يتمسك بالدفع مجبراً على التنفيذ أولاً :

يفترض الدفع أن المتعاقد الذي يتمسك به غير مجبر على تنفيذ التزامه أولاً، وهذا الإجبار قد يكون مصدره الاتفاق، أو القانون أو طبيعة العقد كما في عقد العمل حيث يلتزم العامل بأداء العمل أولاً حتى يستحق الأجر، وكما في عقد الإيجار حيث يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين أولاً .

(١) د/ حسام لطفي : ص ٢٣٤.
(٢) د/ الأهواني : ص ٢٧٨.

فإذا كان المتعاقد ملتزماً بالتنفيذ أولاً، لا يحق له التمسك بالدفع بعدم التنفيذ وإنما يجب عليه أن ينفذ التزامه أولاً[١].

الشرط الخامس : أن يكون المتعاقد الآخر قد أخل بتنفيذ التزامه :

حيث أن الدفع لا يكون جائزاً إذا كان المتعاقد الآخر غير مخل بتنفيذ التزامه، بأن يكون قد نفذه أو على استعداد لتنفيذه، حيث يرفض الدفع في هذه الحالة، ذلك لأن هدف الدفع الضغط على إرادة المدين لكي ينفذ التزامه، فإذا كان قد نفذه أو على استعداد لتنفيذه لا تتوافر حكمة الدفع.

الشرط السادس : أن يتم التمسك بالدفع بحسن نية :

وأخيراً يجب على من يتمسك بالدفع أن يتمسك به بحسن نية، تطبيقاً لقاعدة حسن النية في تنفيذ العقود[٢]، فلا يجوز التمسك بالدفع لمجرد عدم تنفيذ جزء يسير أو قليل الأهمية، كما لا يجوز التمسك به إذا كان المتمسك هو البادئ بعدم التنفيذ أو المتسبب بفعله في ذلك[٣].

ويتم التمسك بالدفع بواسطة المتعاقد وخلفه العام والخاص، ولكن لا يجوز للقاضي إثارته من تلقاء نفسه، ويمكن للمتعاقد أو خلفه أن يتمسك بالدفع عن طريق الدعوى أو الدفع أو الإشكال في التنفيذ[٤]، ولا يجوز

(١) د/ إبراهيم أبو الليل : ص ٢٩٨.
(٢) مادة ١/١٤٨ مدني.
(٣) د/ جمال زكي : ص ٤٦٨.
(٤) د/ السنهوري : ص ٦٠٧

التمسك بالدفع لأول مرة أمام محكمة النقض[١]. ولا يشترط الإعذار للتمسك بالدفع[٢].

وقد يتمسك كل من الطرفين بالدفع بعدم التنفيذ، وقد يرى القاضي إلزامهما معاً بالتنفيذ في نفس الوقت، وقد ينتهي الأمر إلى زوال العقد.

المطلب الثاني
"أثر التمسك بالدفع"

نميز في أثر التمسك بالدفع، بين أثره فيما بين المتعاقدين، وأثره بالنسبة للغير، كالتالي :

الفرع الأول
" أثر التمسك بالدفع فيما بين المتعاقدين "

يترتب على التمسك بالدفع وتوافر شروطه وقف تنفيذ الالتزام دون زواله ما لم تكن طبيعة الالتزام لا تحتمل هذا الوقف، كأن يتعهد صانع بصنع أثاث لمعرض للأثاث يقام في وقت محدد، حيث يوقف الصانع التزامه حتى يفوت ميعاد المعرض لأنه لم يستوف أجره، ويعد ذلك بمثابة فسخ للعقد.

---

(١) د/ الأهواني : ص ٢٨١.

(٢) نقض مدني : ١٩٦٦/٥/١٠ – مجموعة أحكام النقض – س ١٧ – ص ١٠٤٠.

ويسري أثر الوقف بالنسبة للعقود الفورية والعقود الزمنية المستمرة، حيث يتصور مثلاً في عقد الإيجار إذا لم يقم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين، وتستقطع مدة الوقف من المدة المتفق عليها في عقد الإيجار[١].

وعلى الرغم من أن الحق في الحبس لا يتجزأ ، حيث يبقى قائماً ولو قام المدين بتنفيذ جزء من التزامه، إلا أن الوقف يقبل التجزئة، حيث يمكن للمتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن يقصر حقه في الدفع على جزء من التزامه يراه كافياً لضمان حقه لدى الآخر، فيوقف تنفيذ الالتزام بالنسبة لهذا الجزء فقط[٢].

ويجوز لمن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أن ينزل عنه صراحة أو ضمناً، بأن يقوم بتنفيذ التزامه رغم عدم قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه نحوه، ذلك لأن الدفع مقرر لمصلحة المتعاقد فيجوز له أن ينزل عنه[٣].

---

(١) والغالب عملاً أن يلجأ المؤجر في هذا الفرض إلى دعوى فسخ عقد الإيجار وإخلاء المستأجر من العين المؤجرة، ويدفع المستأجر هذه الدعوى بأن امتناعه عن سداد الأجرة بسبب عدم تمكين المؤجر له من الانتفاع بالعين المؤجرة، فإذا أثبت المستأجر ذلك كانت تلك منازعة جدية في استحقاق الأجرة، ويتم رفض دعوى الإخلاء في هذه الحالة، انظر حول هذه المسألة بالتفصيل مؤلفنا : إخلاء العين المؤجرة لعدم سداد الأجرة وتكرار التأخر في سدادها. - دراسة فقهية قضائية مقارنة في القانونين المصري والكويتي - دار النهضة العربية - ١٩٩٧.

(٢) د/ جمال زكي: ص ٤٦٨.

(٣) د/ إبراهيم أبو الليل، ص ٣٠٠.

والوقف مؤقت كوسيلة ضغط على إرادة المتعاقد الآخر، وقد يتم حل الرابطة العقدية عن طريق القضاء أو الاتفاق، وقد يحقق الدفع أثره في حمل المتعاقد الآخر على تنفيذ التزامه، فيزول الوقف .

ولا يسأل المتمسك بالدفع عن الأضرار التي تصيب الطرف الآخر من جراء امتناعه عن التنفيذ، ومن ثم إذا كان الالتزام بدفع مبلغ من النقود، فلن تستحق عنه فوائد تأخير[١].

الفرع الثاني

" أثر التمسك بالدفع بالنسبة للغير "

يسري أثر التمسك بالدفع في مواجهة الغير الذي يكون قد كسب حقه بعد ثبوت الحق في التمسك بالدفع، فلو كان الأمر يتعلق بعقد بيع وتأخر المشتري في دفع الثمن، ثم باع العين التي اشتراها لمشتر ثان أو رهنها لدائن مرتهن، فإنه يجوز للبائع أن يحبس العين المبيعة ويتمسك بالدفع ضد المشتري الثاني أو الدائن المرتهن، وذلك لأن المشتري لا يستطيع أن ينقل إلى خلفه أكثر مما كان له من حقوق، فضلاً عن أن القول بعكس ذلك يجعل الدفع بعدم التنفيذ عديم الجدوى من الناحية العملية، حيث يكون بوسع المدين أن يتخلص من الدفع بسهولة عن طريق التصرف في

(١) د/ رمضان أبو السعود : ص ٣٠٦.

الشيء[١].

أما إذا كان الغير قد كسب حقه قبل ثبوت الحق في التمسك بالدفع، فإن الدفع لا يسري في مواجهته، فإذا رهن شخص منزله ثم سلمه إلى مستأجر، وبعد ذلك باعه فأراد المشتري أن يتسلم المنزل قبل نهاية عقد الإيجار، فإن الإيجار إذا كان غير ثابت التاريخ لا ينفذ في حق المشتري، ويصبح للمستأجر الحق في تعويض يتقاضاه من المؤجر، ويستطيع أن يحبس العين نظير هذا التعويض في مواجهة المشتري، ولكن لا يحق له أن يتمسك بالحبس ضد الدائن المرتهن لأن الرهن سابق على ثبوت الحق في الحبس[٢].

ويذهب البعض إلى أن الدفع يسري في مواجهة الغير في كل الحالات، سواء نشأ حقه قبل ثبوت الحق في التمسك بالدفع أو بعده[٣].

(١) د/ الصدة : ص ٤١٣.

(٢) د/ الصدة : ص ٤١٤.

(٣) د/ عبد الفتاح عبد الباقي : التأمينات الشخصية والعينية – فقرة ١٦٦.

الفصل الخامس

" الإرادة المنفردة كمصدر للالتزام "

قد يتم التصرف القانوني بإرادتين وهذا هو العقد الذي تحدثنا عنه، وقد يتم بإرادة واحدة أو منفردة . (١)

ومما لاشك فيه أن الإرادة المنفردة ترتب آثاراً قانونية متعددة في حالات معينة، فهي قادرة على أن تنشئ حقاً عينياً كما في الوصية، وأن تنهي حقاً عينياً كما في النزول عن حق رهن أو ارتفاق ، وأن تصحح نهائياً عقداً قابلاً للإبطال عن طريق الإجازة، وأن تجعل العقد يسري في حق الغير عن طريق الإقرار، وأن تنهي العقد في حالات معينة كما في الوكالة والوديعة والعمل، وقد تؤدي إلى انقضاء الالتزام أو الحق الشخصي عن طريق الإبراء، وغير ذلك كثير.

غير أن التساؤل المطروح هو : هل تصلح الإرادة المنفردة مصدراً عاماً لإنشاء الالتزام ؟

نعالج هذه المسألة أولاً، ثم نعرض للوعد بجائزة الموجه للجمهور، كالتالي :

---

(١) راجع حول الإرادة المنفردة بالتفصيل رسالة أستاذنا الدكتور/ أحمد سلامة : فكرة التصرف القانوني الإنفرادي في القانون المدني المقارن – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية – كلية الحقوق – جامعة عين شمس – عدد يوليو ١٩٦٤.

ooo

المبحـــث الأول

" مدى صلاحية الإرادة المنفردة كمصدر عام للالتزام "

ثار التساؤل حول قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام خـــارج نطاق الحالات التي نص عليها المشرع، أو بمعنى آخر ، هل تصلح الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام في غير الحالات المنصوص عليها من قبــل المشرع ؟

يتنازع الفقه القانوني في هذا الصدد نظريتان، إحـــداهما فرنســـية، والأخرى ألمانية[1]، وكان للمشرع المصري موقفاً وسطا، كالتالي :

أولاً : النظريــة الفرنسـية : عدم قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام :

يذهب معظم الفقهاء في فرنسا إلى أن الإرادة المنفـــردة لا تصـــلح بمفردها لإنشاء الالتزام، وإنما لابد من اجتماع إرادة أخرى معها أي لا بـــد من توافق إرادتين لنشأة الالتزام الإرادي، وحجتهم في ذلـــك أن الســـماح للإرادة المنفردة بإنشاء الالتزام يقتضي السماح للإرادة المنفردة بالتحلل من الالتزام والعدول عنه، مما يؤدي إلى نفي الالتزام فـــي ذاتـــه، إذ يســـتطيع المدين أن يتحلل من الالتزام بمحض إرادته، وتستند هذه الحجة على مبـــدأ

---

(١) انظر في عرض هاتين النظريتين : د/ الســـنهوري : ص ١٠٧٧ ومـــا بعـــدها، د/ الصدة : ص ٤١٦ : ص ٤١٨، د/ نبيل سعد : ص ٣٥٢ : ص ٣٥٤.

سلطان الإرادة، فكما أن للإرادة سلطة في إنشاء الالتزام، فلها كذلك نفس السلطة في انهائه، وبالتالي فإن الالتزام الإرادي لا يمكن أن ينشأ إلا عن عقد.

ثانياً : النظرية الألمانية : قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام :

ظهرت هذه النظرية على يد الفقه الألماني، وتأثر بها جانب من الفقه الفرنسي الحديث.

وتذهب هذه النظرية إلى أن الإرادة المنفردة قادرة على إنشاء الالتزام، وذلك استناداً إلى الحجج التالية[١] :

١- إذا كانت الإرادة قادرة على أن تلزم عند اجتماعها بإرادة أخرى، فإن هذه القدرة لأبد وأن تتوافر لها عند إنفرادها، والواقع أن من يتعاقد يلتزم بالإرادة الصادرة منه لا بتوافق هذه الإرادة مع إرادة المتعاقد الآخر.

٢- أن توافق الإرادتين الذي تستند إليه القوة الملزمة للعقد لا يتصور أن يكون تاماً في جميع الحالات، حيث أنه يفترض تعاصر الإرادتين أي أن تصدران في لحظة واحدة، وهذا يستحيل في التعاقد بين غائبين، بل إنه لا يتحقق كذلك في التعاقد بين حاضرين حيث تصدر أولاً إرادة بالإيجاب ثم تتلوها إرادة أخرى بالقبول.

---

(١) راجع في ذلك : د/ الصدة : ص ٤١٦، ص ٤١٧.

٣- أن مبدأ سلطان الإرادة يقتضي أن يلتزم الشخص بإرادته في حدود القانون، أما تطلب توافق الإرادتين فهو من بقايا الشكلية القديمة التي يجب أن تتحرر الإرادة منها .

٤- أن الالتزام بالإرادة المنفردة لا يتنافى مع العدالة، حيث أنه ليس هناك ظلم في أن يصبح الشخص مديناً بإرادته.

٥- هناك بعض الحالات في الحياة العملية لا يمكن قبولها قانوناً إلا عن طريق الإرادة المنفردة كما في حالة الوعد بجائزة الموجه للجمهور، وكذا الإلتزام نحو شخص يموت أو يفقد أهليته قبل القبول، حيث لا يمكن الالتزام عن طريق العقد في مثل هذه الحالات.

ثالثاً : موقف المشرع المصري : الأخذ بمذهب وسط :

لاشك أن كل من النظريتين السابقتين تغالي في قدرة أو عدم قدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام. وقد كان التقنين المدني السابق يرفض اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام، ومع ذلك كان المشروع التمهيدي للتقنين المدني الحالي يجعل من الإرادة المنفردة مصدراً عاماً للالتزام، إلا أن هذا الوضع قد تم حذفه في لجنة المراجعة، واستقر الأمر في التقنين المدني المصري الحالي إلى الاعتراف للإرادة المنفردة بالقدرة على إنشاء الالتزام في حالات استثنائية وبنصوص خاصة، فهي مصدر استثنائي يقوم إلى جوار المصدر الأصلي العام وهو العقد.

ونفس المسلك اتبعه القانون المدني الألماني مع أن ألمانيا مهد نظرية الإرادة المنفردة[١]، وكذلك فعل المشرع الإيطالي[٢]، وبعض التشريعات العربية[٣]. ويأخذ الفقه الحديث في ألمانيا وفرنسا وإيطاليا بهذا المسلك، أما المشرع الفرنسي فيرفض الاعتراف بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام.

وقد ذهب بعض الفقهاء في مصر، ونتيجة لمسلك المشرع المصري، إلى أن الالتزامات التي تنشأ بالإرادة المنفردة في الحالات المنصوص عليها قانوناً، يكون نص القانون هو المصدر المباشر لهذه الالتزامات وليس الإرادة المنفردة[٤].

إلا أن جمهور الفقه المصري يرفض هذا النظر، ويرى الفقه أن الإرادة المنفردة هي المصدر المباشر لهذه الالتزامات، لأنه إذا لم توجد الإرادة أو لم تتجه إلى إحداث أثر قانوني أو تخلف شرط من شروط التصرف بشأنها، لا يقوم الالتزام حتى ولو كان القانون ذاته قد نص على إنشاء الالتزام في هذه الحالة[٥]. فضلاً عن أن الالتزامات التي يكون

(١) انظر المادة / ٣٠٥ من القانون المدني الألماني.

(٢) انظر المادة / ١٩٨٧ من القانون المدني الإيطالي.

(٣) منها التشريع السوري ، والتشريع العراقي، والتشريع الليبي.

(٤) د/ السنهوري : ص ١٠٨٣.

(٥) على سبيل المثال انظر : د/ جمال زكي : ص ٤٨١، د/ الصدة، ص ٤٢٠، د/ أنور سلطان : ص ٤١٧، د/ نبيل سعد : ص ٣٥٥.

القانون مصدراً مباشراً لها تستند إلى وقائع مادية فقط[١].

ونحن نؤيد هذا الرأي الأخير، ونضيف إلى حججه أنه لو كان القانون هو المصدر المباشر للالتزام في الحالات المنصوص عليها بشأن الإرادة المنفردة، لاعتبر كذلك بالنسبة لباقي مصادر الالتزام كالعقد، والفعل الضار، والإثراء بلا سبب، وهو ما لم يقل به أحد، ويؤدي إلى نتيجة غير مقبولة حيث سيصبح القانون هو المصدر المباشر لكل الالتزامات أياً كان نوعها.

حالات الالتزام بالإرادة المنفردة في القانون المصري :

هناك حالات متفرقة ورد النص فيها على نشوء الالتزام، ويتضح أن مصدر الالتزام هو الإرادة المنفردة، ومن هذه الحالات الإيجاب الملزم حيث أن أساس التزام الموجب بالإبقاء على إيجابه هو إرادته المنفردة (مادة / ٩٣ مدني)، وكذلك تنشأ المؤسسة الخاصة بالإرادة المنفردة لمؤسسها (المادتان ٦٩، ٧٠ من القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ بشأن الجمعيات والمؤسسات الخاصة)، وكذا التزام الحائز بالبقاء على عرضه طوال المدة التي يجيز فيها المشرع للدائنين أن يقبلوا العرض خلالها أو يرفضوه وذلك فيما يخص تطهير العقار المرهون رهناً رسمياً (المادتان ١٠٦٦، ١٠٦٧ مدني).

(١) د/ الصدة : ص ٤٢٠.

غير أن أهم تطبيق – وهو التطبيق الوحيد الذي ورد بشأن قـدرة الإرادة المنفردة على إنشاء الالتزام – هو الوعد بجائزة الموجه للجمهور، وهو ما سنتناوله بالتفصيل فيما يلي :

المبحث الثاني

الوعد بجائزة الموجه للجمهور

نص المشرع على تطبيق للالتزام بالإرادة المنفردة يتمثل في الوعد بجائزة الموجه للجمهور، حيث نصت المادة / ١٦٢ من القـانون المـدني على ما يلي : " ١- من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيهـا عـن عمـل معين، التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل، ولو قام به دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها . ٢- وإذا لم يعين الواعد أجـلاً للقيـام بالعمل، جاز له الرجوع في وعده بإعلان للجمهور، على ألا يؤثر ذلك فـي حق من أتم العمل قبل الرجوع في الوعد. وتسقط دعوى المطالبة بالجائزة إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلانه العدول للجمهور ".

وفي ضوء هذا النص، نحدد المقصود بالوعـد بجـائزة الموجـه للجمهور، وشروطه، وآثاره، كما يلي :

المطلب الأول

" تعريف الوعد بجائزة وأمثلته "

الوعد بجائزة الموجه للجمهور عبارة عن تصرف قانوني يتم بالإرادة المنفردة للواعد، وذلك بإعلان موجه للجمهور مضمونه التزام الواعد بمنح جائزة معينة لمن يقوم بالعمل الذي حدده الواعد، دون حاجة إلى صدور قبول من جانب من قام بالعمل .

والأمثلة على هذا الوعد متعددة في الواقع العملي، كأن يعلن شخص في الصحف اليومية عن منح جائزة لمن يعثر على شيء ضائع، أو لمن يدلي بمعلومات تؤدي إلى الكشف عن جريمة أو عن مجرم هارب، أو تعلن جهة معينة عن جائزة تقدم لصاحب أفضل بحث علمي أو كتاب في مجال معين ومن أمثلة ذلك ما تعلن عنه سنوياً مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، وكذلك ما تعلن عنه الدولة سنوياً في مصر بشأن جوائز الدولة التقديرية والتشجيعية في العلوم والفنون، وكذلك من يعلن عن جائزة لمن يقدم أفضل تصميم هندسي لمبنى معين، أو لمن يرسم لوحة معينة.

في كل هذه الحالات وما شابهها ، يلتزم الواعد بإرادته المنفردة بمنح الجائزة لمن قام بالعمل المطلوب .

المطلب الثاني

" شروط قيام الوعد بجائزة الموجه للجمهور "

يشترط لتوافر الوعد بجائزة الموجه للجمهور ما يلي :

الشرط الأول : أن تكون إرادة الواعد باتة ومحددة وجازمة

يجب أن تصدر من الواعد إرادة باتة ومحددة وجازمة، بحيث تتجه إلى إحداث أثر قانوني هو الالتزام بتقديم الجائزة، وهذا يقتضي توافر أهلية الالتزام لدى الواعد، وأن تكون إرادته سليمة وخالية من العيوب، وتطبق على الوعد بجائزة الأحكام الخاصة بعيوب الإرادة فيما عدا شرط اتصال العيب بالمتعاقد الاخر، كما يجب أن تنصب الإرادة على محل وسبب مشروعين، فالوعد بجائزة لمن يقوم بتهريب شيء ممنوع يكون باطلاً[١].

الشرط الثاني : أن يتم توجيه التعبير عن هذه الإرادة للجمهور بطريق علني :

يجب أن توجه الإرادة للجمهور بطريق علني، فلو وجهت إلى شخص أو أشخاص معينين فأننا لا نكون بصدد وعد بجائزة موجه للجمهور وإنما بصدد إيجاب لابد أن يصادفه قبول لينعقد العقد[٢]. غير أنه لا يشترط

(١) د/ نبيل سعد : هامش ٢ ص ٣٥٩.

(٢) د/ السنهوري : ص ١٠٩١.

أن يتم توجيه الوعد إلى كافة سكان الدولة، وإنما قد يكون ذلك بالنسبة لطائفة معينة دون تحديد شخص أو أشخاص معينين داخل هذه الطائفة.

ويجب توجيه الوعد إلى الجمهور بطريق علني، كالنشر في الصحف أو عن طريق الإذاعة أو التليفزيون، أو النشر على شبكة الانترنت أو عن طريق الملصقات.

الشرط الثالث : أن يتم تحديد العمل المطلوب في الوعد

يجب أن يتضمن الوعد تحديد العمل المطلوب، كالعثور على شيء مفقود، أو الإدلاء بمعلومات تساعد في القبض على مجرم هارب أو إعداد تصميم معماري أو الاهتداء إلى دواء يساعد في علاج مرض مزمن، أو إحراز أول هدف في مباراة كرة قدم.

أما إذا كان الوعد بجائزة لمن يوجد في مركز معين دون أداء أي عمل، كالوعد بجائزة لأول مولود في يوم معين أو لأولاد أول شهيد في الحرب، فإن ذلك لا يعد وعداً بجائزة وإنما تطبق عليه أحكام الهبة إذا توافرت شروطها[1].

ولا يشترط أن يتم العمل بعد إعلان الوعد، بل تستحق الجائزة عن العمل الذي تم قبل إعلان الوعد أيضاً ، فمن يعثر على شيء مفقود ويسلمه

---

(١) د/ الصدة : ص ٤٢٣.

إلى رجال الشرطة، يستحق الجائزة التي يعلن عنها صاحب الشيء، سـواء تم ذلك قبل الإعلان عن الجائزة أو بعده[١].

وللواعد وضع ما يشاء من الشروط لاستحقاق الجـائزة، فلـه أن يقصر الجائزة على عمل معين يتم في المستقبل أو على عمل يكون قد تـم في الماضي[١]، مثال ذلك الوعد بجائزة عن أفضل بحث علمي في موضوع معين قبل الإعلان، كما هو الحال في جوائز الدولة التشجيعية[٢].

الشرط الرابع : أن يتضمن الوعد تحديد الجائزة المرصودة :

يشترط أخيراً أن يتم تحديد الجائزة المرصودة مـن قبـل الواعـد، يستوي أن تكون مادية كمبلغ من النقود أو نفقات رحلة معينة، أو أسهم أو سندات أو شهادات استثمار، أو سيارة، أو أن تكون أدبية كمـنح كـاس أو شهادة تقدير أو وسام معين. ويمكن أن تكون الجائزة قابلة للتعيين .

المطلب الثالث

" آثـار الوعـد بجائـزة "

يترتب على الوعد بجائزة إذا توافرت شروطه منح الجائزة لمن قام بالعمل المطلوب، غير أن الأمر يحتاج إلى بعض التفصيل، حيـث تخ الآثار بحسب ما إذا كان الوعد محدد المدة أو غير محدد المدة، كما يلي :

---

(١) د/ رمضان أبو السعود : ص ٣٠٩.

(٢) د/ نبيل سعد : ص ٣٦٠ وهامش ٣.

أولاً : حالة الوعد محدد المدة

إذا حدد الواعد في وعده مدة لإنجاز العمل المطلوب خلالها، يلتـــزم بالإبقاء على وعده حتى تنتهي هذه المدة، ونفرق بين أمرين هما :

انقضاء المدة دون القيام بالعمل أو قبل إتمامه :

إذا انقضت المدة دون أن يكون هناك من قام بالعمل المطلــوب، أو كان هناك من قام به ولكن لم يتقدم به للواعد خلال المدة المحددة، أو كان هناك من بدأ العمل ولكن لم يتمه، في كل هذه الحالات ينقضي الوعد وتبرأ ذمة الواعد من الالتزام بمنح الجائزة، فلا يلتزم قبل الموعود له بشيء، ولا يلتزم بتعويضه عما أنفقه[1].

ولكن لا يجوز للواعد أن يرجع عن وعـــده قبـــل انقضـــاء المـــدة المحددة.

٢- انقضاء المدة بعد القيام بالعمل :

إذا تم إنجاز العمل المطلوب خلال المدة المحددة، يستحق من قام به الجائزة حتى ولو لم يعلم بوجود الوعد، كما يستحق الجائزة من قام بالعمل

(١) د/ نبيل سعد : ص ٣٦١ . وهناك من يرى إمكانية الرجوع على أساس الاثراء بلا سبب في هذه الحالة، انظر : د/ السنهوري : ص ١٠٩٢. ويبدو لنا أن من الصعب قبول هذا الرأي، لأن الواعد لم يستفد بالعمل وبالتالي لا يوجد إثراء .

وأتمه قبل صدور الوعد، حيث يصبح دائناً للواعد من وقت الإعلان عن الجائزة، وسواء علم بالجائزة أو لم يعلم[١]. ذلك لأن العبرة بإرادة الواعد وحده وليست بإرادة من قام بالعمل.

ثانياً : حالة الوعد غير محدد المدة :

إذا كان الوعد غير محدد المدة، فإنه يجوز للواعد الرجوع في وعده في أي وقت بشرط أن يتم الرجوع بوسيلة علنية هي نفسها الوسيلة التي تم بها إعلان الوعد للجمهور، أو بوسيلة تؤدي نفس الغرض[٢].

وإذا لم يرجع الواعد في وعده غير محدد المدة، فليس من المعقول أن يظل ملتزماً بالوعد إلى ما لا نهاية، وإنما يظل ملتزماً به خلال مدة معقولة يقدرها القاضي في ضوء العرف وقواعد العدالة، فإذا كان هناك من أتم العمل خلال هذه المدة استحق الجائزة، أما إذا انقضت هذه المدة المعقولة قبل القيام بالعمل ، سقط التزام الواعد، ولا يلتزم بشيء تجاه من أتم العمل بعد مضي هذه المدة[٣].

وإذا استعمل الواعد حقه في الرجوع ، نفرق بين فرضين :

١- إذا لم يكن هناك من أتم العمل عند الرجوع :

هنا ينقضي الوعد، ولكن يلتزم الواعد بتعويض من بدأ في تنفيذ

---

(١) مادة ١/١٦٢ مدني .

(٢) د/ عبد الباقي : ص ٦٨٩.

(٢) د/ رمضان أبو السعود : ص ٣١٠.

العمل دون أن يتمه لحظة الرجوع على أساس قواعد المسئولية التقصيرية[1]، وهذا التعويض من سلطة القاضي التقديرية، وإذا حكم به فلا يجوز أن يتجاوز قيمة الجائزة، ويجوز للواعد إثبات أن النجاح المنشود ما كان سيتحقق لو استمر العمل أو لم يكن ليتحقق إطلاقاً، لتفادي الحكم بالتعويض[2].

٢ – إذا كان هناك من أتم العمل عند الرجوع في الوعد :

في هذا الفرض يستحق من قام بالعمل الجائزة، ولا يسري الرجوع في حقه، يستوي في ذلك أن يكون عالماً بالجائزة أو غير عالم بها وقت القيام بالعمل، وسواء أتم العمل قبل الإعلان عن الجائزة أو بعده[3].

ولكن يجب أن ترفع دعوى المطالبة بالجائزة في هذه الحالة خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان الرجوع للجمهور وإلا سقط الحق في رفعها[4]، وهي مدة سقوط وليست مدة تقادم، فلا تقبل الوقف أو الإنقطاع[5]. والسبب

---

(١) د/ السنهوري : ص ١٠٩٣، ويتقادم الحق في رفع دعوى الرجوع في هذه الحالة بمدة تقادم دعوى المسئولية التقصيرية أي بثلاث سنوات من يوم علم الدائن بالضرر الذي أصابه وبالمسئول عنه أو بخمس عشرة سنة من وقت وقوع الضرر.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ – ص ٣٣٩، ص ٣٤٠.

(٣) د/ رمضان أبو السعود : ص ٣١٠.

(٤) مادة ٢/١٦٢ مدني .

(٥) د/ الصدة : ص ٤٢٥.

في ذلك منع التحايل ودرء كل محاولة مصطنعة يراد بها استغلال الوعد بجائزة بعد إعلان الرجوع، ولحسم المنازعات التي تنشأ بسبب تقادم العهد على الجائزة، وتلافي صعوبة الإثبات[١].

أما في الحالات الأخرى، فإن الحق في رفع الدعوى يتقادم بمضي خمس عشرة سنة وفقاً للقواعد العامة[٢].

ويلاحظ أنه إذا كان هناك أكثر من شخص قام كل منهم بالعمل على انفراد، تكون الأولوية في استحقاق الجائزة للأسبق منهم في القيام بالعمل المطلوب، وإذا تزامن عملهم قسمت الجائزة بينهم، وكذلك إذا قاموا بالعمل بالتعاون فيما بينهم، تقسم الجائزة عليهم تقسيماً عادلاً على أساس مساهمة كل منهم في العمل[٣].

ويلاحظ أخيراً أنه لا يترتب على استحقاق الجائزة ثبوت حق الواعد في ثمرة العمل إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بهذا الحق صراحة في الإعلان عن الجائزة ، ومن ثم فإنه لا يجوز مثلاً للواعد استغلال الحقوق المالية والأدبية للمؤلف الذي فاز بالجائزة، أو استغلال الحقوق المالية أو الأدبية لمخترع الدواء الذي فاز بالجائزة[٤].

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية – جـ٢ – ص ٣٤٧.
(٢) د/ حسام لطفي : ص ٤٥٠.
(٣) د/ أحمد سلامة : ص ٢٣٢ ، ص ٢٣٣.
(٤) د/ الأهواني : ص ٣٣٠.